This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 196 259

Bd. May 1892

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 21, 1892

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

3447

Verhandlungen

des

Neunten deutschen Juristentages.

Herausgegeben

von

dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation.

Erster Band,

enthaltend

Gutachten über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund (1869).

8°
Berlin, 1870.
Commissions-Verlag von J. Guttentag.

Digitized by Google

Druck von G. Jansen in Berlin.

Rec. March 21, 1892

Digitized by Google

Gutachten

über den

Entwurf eines Strafgesetzbuchs

für den

Norddeutschen Bund. (1869.)

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Gutachten des Herrn Appellationsgerichts-Raths v. Stenglein aus München.

Von der ständigen Deputation des deutschen Juristentages aufgefordert, ein Gutachten über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund abzugeben, komme ich dieser Aufgabe mit folgenden Bemerkungen nach, deren Kürze ich durch die starke Inanspruchnahme meiner Zeit zu entschuldigen bitte.

Auch allgemeiner Bemerkungen glaube ich mich enthalten zu können.

Der Entwurf befleißigt sich jener Kürze und Einfachheit, jenes Fernehaltens von künstlichen Systemen, welche schon vor ihm das preußische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 und die ihm nachgebildeten Strafgesetzbücher beobachteten, ebenso das bayerische vom 10. November 1861, und welche jedes Gesetzbuch wird beobachten müssen, das auf eine Vereinbarung deutschen und französischen Rechtes, auf ein Verfahren ohne Beweistheorie und mit Geschwornen berechnet ist.

Wie das seiner Zeit Epoche machende bayerische Strafgesetzbuch von 1813 beweist, wird jedes Stafgesetzbuch, welches künstlich systematisiren, eine bestimmte Strafrechtstheorie zum Ausdruck bringen will, in tiefeingreifende Fehler verfallen. Es wird einzelne Beziehungen der That auf Kosten anderer hervorheben, unnatürliche gemeinsame Gesichtspunkte innerlich fremder Strafhandlungen suchen und hierdurch ein künstliches weder der Sache noch dem Volksbewußtsein und dem Volksverständniß entsprechendes Juristenrecht schaffen. Der Entwurf hat diese Fehler vermieden. Er bildet gerade durch seine einfache Anlage, durch seine kurze und klare Diction einen bedeutenden Fortschritt der Legislation. Seine Annahme könnte daher nur mit Freuden begrüßt und als Ausgangspunkt legislativer Einigung Gesammtdeutschlands betrachtet werden. Es sollten deshalb

Digitized by Google

auch nur Abänderungen in Einzelbestimmungen beantragt werden. Ich werde mich deshalb auch darauf beschränken, abweichende Ansichten bei einzelnen Artikeln auszusprechen.

Zu § 1.

Der Entwurf kennt vier Gattungen von Freiheitsstrafen: Zuchthaus, Einschließung, Gefängniß und Haft, und behandelt die Einschließung als Verbrechensstrafe, wenn sie in längerer Dauer als fünf Jahre angedroht ist, als Vergehensstrafe bei kürzerer Dauer. Eine solche, allerdings auch im preußischen Strafgesetzbuche aufgenommene Zwischenstufe in den Freiheitsstrafen halte ich weder für nothwendig noch für innerlich gerechtfertigt.

Die zunehmende Humanität auch in der Behandlung Bestrafter, die richtige Erkenntniß, daß Besserung des Gefangenen, wenn auch nicht den Hauptzweck und die Rechtfertigung der Strafe, doch einen nicht aus den Augen zu verlierenden Nebenzweck derselben und den besten Schutz der menschlichen Gesellschaft gegen Rechtsstörungen bildet, hat die Freiheitsstrafen aller früheren Härten, wie Fesselung, Prangerausstellung u. dergl. entkleidet, mithin für alle Abstufungen derselben nur die Freiheitsentziehung und Zwang zur Arbeit als Grundbestandtheil übrig gelassen. Für eine dreifache Abstufung der Freiheitsstrafen bei Verbrechen und Vergehen bleibt also kaum mehr Raum übrig, sondern das einzige Kriterium, welches übrig bleibt, ist dasjenige der Ehrenfolgen, welche mit der einen oder anderen Strafe verbunden sind. Dies ist auch die einzige innere Unterscheidung, welche sich noch zwischen Verbrechen und Vergehen festhalten läßt, wenn man von der rein äußerlichen des Strafmaßes und der Gerichtszuständigkeit absieht, welche sich eben auf jenen inneren Unterschied gründen soll.

Wenn die Einschließung als custodia honesta bezeichnet wird (Motive S. 34, §. 13), so dürfte hiemit wenig gewonnen, sondern nur der Nachweis geliefert sein, daß unter die Verbrechen Handlungen eingereiht sind, welche in den Augen des Volkes nicht entehrend wirken, welche man aber eben deßhalb nicht als Verbrechen behandeln sollte, wenn ich auch gerne zugeben will, daß hierin noch mehr oder minder alle Strafgesetzbücher mangelhaft sind. Die Schwierigkeit einer richtigen Ausscheidung ergiebt sich auch weniger bei den sg. gemeinen Reaten, als vielmehr bei den politischen. Hier hat der Widerstreit der politischen Anschauungen und der dadurch angeregte, die Gegenwart ausfüllende Kampf um die Formen, in welchen sich die Staatsgemeinschaft konstituiren soll, es mit sich gebracht, daß man gewisse politische Bestrebungen durch strenge Strafandrohungen unterdrücken zu müssen glaubte, obgleich man sich sagen mußte, daß sie aus durchaus edlen Motiven hervorgehen können und deshalb auch in der allgemeinen Anschauung nicht als entehrend gelten. Schon jetzt aber hat man Vieles davon abgestreift,

Digitized by Google

und würden manche politische Verfolgungen, welche in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts vorkamen, heute nicht mehr möglich sein. Andererseits werden aber gewisse Mittel, mit denen politische Bestrebungen verfolgt werden können, dem richtigen Gefühle gegenüber den entehrenden Charakter auch nie abstreifen, z. B. Mord, Fälschungen, Verrath.

Man wird also die Hoffnung nicht aufzugeben brauchen, daß auch bei politischen Delicten eine richtige Ausscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen gefunden wird. Durch die Zwischenstufe der Strafe, welche der Entwurf als „Einschließung" bezeichnet, scheint mir nach keiner Richtung etwas gewonnen, wohl aber die scharfe äußere Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen verloren zu sein. In Bayern, wo das Strafgesetzbuch vom 10. November 1861 die Zuchthausstrafe als einzige Freiheitsstrafe für Verbrechen, Gefängnißstrafe als einzige Freiheitsstrafe für Vergehen kennt, hat sich das Bedürfniß nach einer Zwischenstufe in keiner Weise gezeigt.

Wollte man aber den Vollzug beider Strafen auf einer Festung als solchen gelten lassen, so wird man sich vor Allem der Erkenntniß nicht verschließen können, daß dieses Auskunftsmittel große Unzukömmlichkeiten zeigt, welche dadurch nicht gehoben werden, daß man daraus eine regelmäßige Strafart macht. Jedes Bedürfniß einer besonderen Strafgattung oder einer besonderen Vollzugsart wird beseitigt sein, sobald man die gemeinsame Haft als regelmäßige Vollzugsart der Freiheitsstrafen aufgibt und die Einzelhaft als solche erklärt.

Zu § 2.

Absatz 2 des § 2 dürfte als Uebergangsbestimmung nicht in das Gesetzbuch, sondern in das Einführungsgesetz gehören.

An die Bestimmung des Abs. 1 reihen sich im bayerischen Strafgesetzbuche vom 10. Nov. 1861 in Art. 4 bis 8 eine Reihe von gesetzlichen Definitionen und allgemeinen Bestimmungen, welche zwar auch durch die Doctrin, durch entsprechende Redaction der besonderen Bestimmungen u. s. w. ersetzt und entbehrlich gemacht werden können, welche sich aber für eine kurze Gesetzesredaction praktisch sehr wohl bewährt haben, so daß dieselben wenigstens in Erwägung gezogen werden dürften.

Zu § 6.

Dieser Artikel wird besser im Strafverfahren oder auch in einem constitutionellen Gesetze Platz finden, als im Strafgesetze.

Zu § 8.

Derselbe enthält eine selbstverständliche Bestimmung, welche mehr civilrechtlichen als strafrechtlichen Inhalts ist.

Zu § 9.

Der Unterzeichnete ist der Ansicht, daß die Todesstrafe überhaupt aus

Digitized by Google

dem Strafsysteme zu entfernen sei. Es kann nicht Aufgabe dieses Gutachtens sein, die inhaltreiche Denkschrift zu bekämpfen, welche bezüglich der Todesstrafe den Motiven beigegeben ist, und kann dies um so leichter umgangen werden, als die Literatur, welche die Frage der Todesstrafe entstehen ließ, alle Gründe für und wieder bereits so erschöpfend dargestellt hat, daß nur Wiederholungen möglich wären. Es wird daher genügen, wenn der Standpunkt bezeichnet wird, auf welchem der Verfasser des Gutachtens steht.

Zu § 12.

So sehr man sich der Abminderung des Maximums der zeitigen Zuchthausstrafe auf fünfzehn Jahre anschließen kann, ebensosehr wird man gegen eine Beschäftigung der Zuchthaussträflinge außerhalb der Anstalt oder vollends zu öffentlichen Arbeiten Protest erheben müssen. Es scheint zwar nach den Motiven, als sei mit den Arbeiten außerhalb der Anstalt nur die Beschäftigung der Sträflinge auf Grundstücken der Anstalt, also außerhalb eines umschlossenen Raums, gemeint. Solche Arbeiten haben auch in einer bayerischen Anstalt, Kaisheim, günstigen Erfolg erzielt, und will sich gegen dieselben, insoferne nach den Umständen gemeinsame Haft noch festgehalten werden muß, nicht erklärt werden, jedoch würde dies einen bestimmteren Ausdruck finden müssen, um möglichen Mißbrauch fern zu halten. Wird Einzelhaft als Regel angenommen und durchgeführt, so können solche Arbeiten überhaupt nur noch beschränkte Anwendung finden. Dieselben dürften aber an sich nicht den Werth haben, welchen man ihnen nach den vorliegenden Versuchen beizulegen geneigt ist. Diese Versuche wurden, soweit dem Verfasser dieses Gutachtens bekannt ist, nur mit besonders ausgewählten Sträflingen gemacht, und jeder von denselben ferne gehalten, bei welchem Fluchtgefahr oder Gewaltthätigkeiten zu besorgen waren. Hiedurch sind aber alle gefährlicheren Sträflinge ausgeschlossen, und haben gute Erfahrungen nicht den vielfach behaupteten Werth, weil mit solchen Sträflingen gute Erfahrungen bei jeder Beschäftigungsart gemacht worden wären.

Dagegen widerspricht jede Beschäftigungsart, welche den Sträfling als solchen dem Publikum auch nur in beschränktem Maße vor Augen führt, insbesondere aber öffentliche Arbeit jedem rationellen Strafzweck, ganz abgesehen von dem geringen Werthe solcher Arbeiten.

Will man dem Besserungszweck der Strafe auch einen noch so untergeordneten Rang einräumen, so soll doch sicher die Strafe nicht verschlechternd einwirken, und es ist einer der hauptsächlichsten Vorwürfe, denen die gemeinsame Haft als Strafmittel ausgesetzt ist, daß sie demoralisirend wirkt. Oeffentliche Arbeit thut dies in noch viel höherem Maße. Sie stumpft den letzten Rest des Ehrgefühls ab, den sich vielleicht der Verbrecher noch erhalten hat, gewöhnt ihn, sich als einen von der Menschheit Ausgeschlossenen zu betrachten,

Digitized by Google

der deshalb berechtigt ist, sich auf Kriegsfuß mit der Gesellschaft zu stellen; sie legt endlich das Schwergewicht der Strafe in deren entehrenden Charakter, welchen man doch mit Recht beschränken will.

Allein nicht blos für den Sträfling, sondern in nicht minderem Maße übt öffentliche Arbeit einen demoralisirenden Einfluß auf die Aufsichtsorgane, welche selbst nicht überwacht im engsten Verkehre mit den Gefangenen leben, nur zu leicht Nachsichten gegen dieselben üben oder durch eigene Pflichtverletzungen einigermaßen von denselben abhängig werden.

Es würde deshalb mit größtem Nutzen an die Stelle des § 12 eine dem ersten Satze des Art. 24 des bayerischen Strafgesetzbuches ähnliche Bestimmung gesetzt werden:

„Die Sträflinge in den Zuchthäusern und Gefangenanstalten sind innerhalb des Bezirkes der Anstalt zur Arbeit anzuhalten."

Zu § 13.

Es wird auf das zu § 1 Gesagte Bezug genommen, ebenso

Zu § 14, Abs. 2

auf das zu § 12 Gesagte.

Zu § 18.

Dieser Artikel leidet, wie mir scheinen will, an einer Halbheit.

Die Berechtigung der Einzelhaft liegt darin, daß einerseits der Verbrecher keinen Anspruch darauf hat, in Gemeinschaft mit anderen Verbrechern zu leben, daß andererseits die Erfahrung lehrt, daß diese Gemeinschaft von Verbrechern in den Strafanstalten von den nachtheiligsten Folgen ist. Sie unterdrückt in dem Einzelnen die Keime der Besserung, sie setzt ihn auch nach seiner Entlassung aus der Strafhaft in Zusammenhang mit der Verbrecherbevölkerung und erzieht eine die Rechtssicherheit bedrohende Genossenschaft im Staate; sie erzeugt die Widersetzlichkeit in den Strafanstalten, indem sie jedem Sträflinge das Gefühl des Rückhaltes an den Genossen gibt und die Besseren dem Terrorismus ihrer Genossen aussetzt.

Erkennt man diese Folgen der gemeinsamen Haft an, so ist es ein Widerspruch, die diesen Folgen begegnenden Einwirkungen der Einzelhaft auf eine bestimmte Zeit zu beschränken und nach einer bestimmten Zeit die durch die Einzelhaft gewonnenen Vortheile durch Versetzung des Sträflings in gemeinsame Haft wieder zu zerstören.

Die Bestimmung einer Maximaldauer der Einzelhaft, welche geringer ist als die gesammte Strafdauer, läßt sich nur rechtfertigen, wenn man Besorgniß hegt, daß die Einzelhaft nachtheilig einwirkt. In diesem Falle dürfte sie aber der Gesetzgeber überhaupt nicht anwenden. Einen Mittelweg gibt es nicht zwischen zwei Straffystemen, welche in so diametralem Widerspruche stehen, wie gemeinsame Haft und Zellenhaft.

Digitized by Google

Die Bestimmung kann nur von der Besorgniß dictirt sein, daß eine zu lang ausgedehnte Zellenhaft von nachtheiligen Folgen für den Sträfling sein werde. Allein die Erfahrung aller Vorstände von Zellengefängnissen lehrt, daß nicht die längere Dauer der bereits gewohnten Einzelhaft es ist, welche Nachtheile für den Sträfling nahe legt, sondern daß der Nachtheil geistiger Störungen hauptsächlich im Anfang des Strafvollzuges droht.

In Moabit wie in Bruchsal befinden und befanden sich Sträflinge mit weit über 6 Jahre ausgedehnter Strafdauer ohne den mindesten Nachtheil. Die tiefeingreifende geistige Wirkung, welche die Zellenhaft auf den Sträfling in den ersten Monaten ihrer Dauer ausübt, ließe sich aber nur durch ein gänzliches Aufgeben dieser Strafvollzugsart beseitigen. Dazu liegen sicher genügende Gründe nicht vor, und auch die Motive des Entwurfs erkennen dies an, indem sie die Einzelhaft als den richtigeren Strafvollstreckungs-Modus bezeichnen. Verfasser dieses Gutachtens glaubt freilich weiter gehen und die Einzelhaft als den allein richtigen Vollstreckungsmodus bezeichnen zu müssen, der nur in so vereinzelten Fällen Ausnahmen erfordert, daß kaum die Einrichtung von Strafanstalten gemeinsamer Haft nothwendig sein wird, wenn die Einzelhaft einmal als die regelmäßige Vollziehungsart eingeführt sein wird. Es wird vielmehr ein modifizirter Strafvollzug innerhalb der Strafanstalten genügen, wie z. B. besondere Wahl der Beschäftigung bei geringerer Isolirung ꝛc. ꝛc. Mein Gutachten kann also nur auf Streichung des § 18 gerichtet sein.

Zu § 19.

Die Redaction des § 19 wird eine Aenderung erleiden müssen, da außerdem ein zu Freiheitsstrafen zwischen 1 und 2 Jahren Verurtheilter eine längere absolute Strafdauer zu erstehen hätte, als der zu 2 Jahren Verurtheilte. Es wird genügen, wenn bestimmt wird, daß jeder zu mehr als einjähriger Zuchthaus- oder Gefängnißstrafe Verurtheilte vorläufig entlassen werden kann, wenn er ein Jahr dieser Strafe und die Hälfte der ihm zuerkannten Strafdauer erstanden hat.

Zu § 23.

Satz 2 des Absatz 2 ist nicht ganz klar verständlich. Es kann darin die Bestimmung gefunden werden, daß das Minimum der Geldstrafe bis zu 5 Thalern einem Tage Gefängniß gleichgeachtet werde, in welchem Falle es an einem Umwandlungsmaßstabe für höhere Geldstrafen fehlen würde, wenn man nicht als selbstverständlich betrachten will, daß die höheren Geldstrafen nach dem Maßstabe von 5 Thlr. = 1 Tag umgewandelt werden sollen. Oder es kann darin gefunden werden, daß dem Richter die Umwandlung innerhalb jener Grenzen freigestellt wird, so daß er z. B. an die Stelle einer Geldstrafe von 100 Thlr. eine Gefängnißstrafe von 20—100 Tagen setzen kann.

Digitized by Google

Letzteres scheint zur Willkür zu führen, da es an genügenden Motiven zu dem in concreto gewählten Umwandlungsmaßstab gebricht. Ueberdieß würde Abs. 5 auf Schwierigkeiten stoßen, indem kaum berechnet werden könnte, welchen Rest der Verurtheilte zu erlegen hat, wenn er sich von der Freiheitsstrafe befreien will.

Ein fixer Umwandlungsmaßstab wird also wohl nothwendig sein, wobei jedoch der Maßstab von 5 Thlr. = 1 Tag allzu günstig für den Verurtheilten erscheint.

Zu § 26.

Es wurde schon mehrfach bemerkt, daß Verlust des Adels keine passende Straffolge in einem Lande ist, in welchem Gleichheit vor dem Gesetze als Princip aufgestellt ist. Es kann keine Degradation eines Adeligen in den bürgerlichen Stand stattfinden, wenn nicht der Adel als ein besonders privilegirter Stand, der bürgerliche als ein minder ehrenvoller gilt. Dies Verhältniß tritt noch mehr hervor bei der in § 25, Abs. 2 vorgesehenen Beschränkung der Ehrenfolgen auf höchstens 10 Jahre, so daß nach längstens 10 Jahren der Adel wieder aufleben muß, während bei den anderen in § 26 aufgeführten Vorzügen wenigstens nur die Befähigung zur Wiedererlangung auflebt.

Zu § 38.

Ich würde die Bestimmung des bayerischen Strafgesetzbuches, wonach der Versuch nach den nämlichen Bestimmungen wie die Vollendung des Verbrechens bestraft werden soll und dem Richter eine Strafmilderungsbefugniß fakultativ eingeräumt ist, vorziehen. So sehr auch dem deutschen Rechtsgefühle und der deutschen Rechtsentwicklung die unbedingte Gleichstellung von Versuch und Vollendung widerspricht, so kommen doch häufig Fälle vor, in welchen eine solche Gleichstellung gerechtfertigt erscheint, z. B. bei einem mit höchstem Raffinement und Grausamkeit durchgeführten Mordversuche, bei welchem das Leben des Opfers nur durch einen glücklichen, dem Mörder vielleicht sogar unbekannt gebliebenen Zufall gerettet wurde. — Die richtige Vermittelung zwischen dem deutschen und dem französischen System scheint deshalb im bayerischen Strafgesetzbuche getroffen zu sein.

Ueberdies ist das Verhältniß zwischen Abs. 1 und 3 des § 38 nicht ganz klar. Soll dem Richter gestattet sein, das Minimum der auf die vollendete That gesetzten Strafe zu überschreiten, wie das „kann" in Abs. 3 anzudeuten scheint? Dann ist Abs. 1 nicht richtig.

Muß der Richter dagegen unter jenem Minimum bleiben, so ist die Fassung des Abs. 3 nicht richtig, sondern müßte lauten:

„In allen übrigen Fällen hat der Richter die Strafe zwischen

Digitized by Google

dem niedrigsten Maaße der auf das vollendete Verbrechen angedrohten Freiheitsstrafe und Geldbuße und der Hälfte desselben auszumessen."

Zu §. 63.

Die Unterbrechung der Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen durch Vollstreckungshandlungen dürfte gerechtfertigt sein, da durch dieselben das Andenken an die geschehene That erneuert wird, und außerdem jedes freiwillige Exil während der erforderlichen Dauer in einem die Auslieferung nicht bewilligenden Staate die Strafe tilgt. Eventuell würde die Frist der Ziffer 5 zu erhöhen sein.

Zu §§. 67, 68, 80—83.

Den Versuch, die Handlungen gegen Bundesfürsten vollkommen gleichzustellen, gleichviel, ob es der eigene Landesfürst ist, gegen den die Pflicht der Treue besteht, oder, ob es nur ein Verbündeter desselben ist, halte ich für einen sehr gewagten, der rechtlichen Begründung entbehrenden.

Einer weiteren Ausführung wird dieser Zweifel nicht bedürfen.

Zu §§. 102—104.

Ein Bedürfniß besonderer Bestimmungen für Widersetzlichkeit bei Forst- und Jagdfreveln scheint nicht gegeben zu sein, vielmehr würde eine Ausdehnung des §. 94. Abs. 2 auf die zum Forst- und Jagdschutz Berechtigten genügen, da in allen diesen Fällen eine Auflehnung gegen berechtigte Einschreitung stattfindet, und besonders bei Jagdfreveln die Widersetzlichkeit leicht einen höchst gefährlichen Charakter annimmt. Eine zu strenge Bestrafung ist nicht zu besorgen, da auch §. 94 kein Minimum der Strafe bestimmt.

Zu §. 124.

Die Pflicht zur Anzeige sollte nicht auf Personen ausgedehnt werden, welche keine öffentliche Verpflichtung übernommen haben, da außerdem ein Conflict zwischen dem Rechtsgesetz und der moralischen Abneigung gegen Denunziation entsteht, bei welchem die öffentliche Meinung stets auf Seite der letzteren sein wird. Ein Bedürfniß nach einer solchen Strafbestimmung kann auch keineswegs erkannt werden. Bei deren Anwendung wird endlich die Schwierigkeit der Entscheidung darüber, ob die Verhütung des Vergehens noch möglich war, ob der Thäter dies wußte, ob die von ihm erlangte Kenntniß eine glaubhafte war u. s. w., sehr bedeutend hervortreten.

Zu §. 126.

Hiebei dürfte eine Clausel wünschenswerth sein, welche geeignet ist, die Bestimmung auf den Fall zu reduciren, daß ein zur Erfüllung der Wehrpflicht Tauglicher sich derselben zu entziehen beabsichtigt. Wenn ein Untauglicher auf Täuschung berechnete Mittel anwendet, um seine Untauglichkeit geltend zu machen, so kann möglicher Weise die Anwendung des Mittels strafbar sein, er ist aber nicht strafbar, weil er sich der Erfüllung einer für

Digitized by Google

ihn nicht bestehenden Wehrpflicht zu entziehen suchte. Es dürfte daher der §. entweder zu beginnen haben:

„Ein tauglicher Wehrpflichtiger, welcher in der Absicht u. s. w.,"

oder:

„Wer in der Absicht, sich rechtswidrig der Erfüllung der Wehrpflicht u. s. w."

Zu §. 127.

Die Fassung: „Wer es sich zum Geschäft macht," erscheint als undeutlich und geeignet, die Anwendung des Gesetzes zu verhindern.

Der geschäftsmäßige Betrieb der in Ziff. 1—3 aufgeführten Handlungen tritt nur durch wiederholte Vornahme der Handlung hervor, da förmliche Agenturen für diese Zwecke, selbst wenn sie im Geheimen bestehen, nicht wohl hervortreten, sondern ihr Bestehen nur an Einzelfällen dokumentiren. Es dürfte deshalb für den Nachweis eines konkreten Thatbestandes geeigneter sein, den Artikel mit den Worten:

„Wer wiederholt"

zu beginnen.

Zu §. 134.

Nach den Motiven des Entwurfs und nach der Jurisprudenz über §. 125. des preußischen Strafgesetzbuches sollen Privateide nicht unter die Bestimmungen des Gesetzes fallen. Dies tritt aber durch die Worte: „zugeschobenen", „zurückgeschobenen" oder „auferlegten" nicht genügend hervor, umsomehr als nach der durch Oppenhof (das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten u. s. w.) dargestellten Jurisprudenz die Strafbestimmung des §. 125. auf viele Eide Anwendung finden soll, auf welche die obigen, dem Civilprozesse entnommenen Worte nicht passen. Indem daher die Fassung eine theils zu enge ist, insofern sie nur von civilprozessualen Eiden zu sprechen scheint, theils, wenn man hievon abgeht, eine zu weite, weil sie den Privateid, der sicher und mit gutem Grunde nicht getroffen werden will, nicht ausschließt, und gestattet, auch den in Folge Privatübereinkunft geleisteten Eid einen zugeschobenen zu nennen, erscheint die Redaction als verbesserungsfähig. Als verbesserte Redaction würde ich es betrachten, wenn gesagt würde:

„Wer einen gesetzlich zulässigen Eid vor einer gesetzlich hiezu berufenen Person wissentlich falsch schwöret u. s. w."

Zu §. 141.

Für eine Strafbestimmung wegen fahrlässigen Falscheides hat sich in der bayerischen Praxis ein Bedürfniß nicht ergeben. Abgesehen von der Gefahr, daß diese Strafbestimmung als Auskunftsmittel da angewendet wird, wo ein Meineid in Frage steht, ist der Thatbestand des fahrlässigen Falscheides ein allzu unbestimmter, wie in der Literatur häufig schon dargestellt

Digitized by Google

wurde. Bei der Mangelhaftigkeit menschlicher Erkenntniß kann Niemand ein Vorwurf treffen, der nach seiner besten Ueberzeugung etwas factisch Unwahres behauptet. Untersuchen wollen, ob der Schwörende sich eine bessere Erkenntniß hätte verschaffen können, und wie weit diese Möglichkeit reichte, heißt stets die Erkenntniß Anderer an die Stelle jener des Handelnden setzen und legt das ganze Schwergewicht der Entscheidung in das Billigkeitsgefühl des Richters. Dies darf bei einem Strafgesetze nicht stattfinden.

Zu §. 144.

Gotteslästerung halte ich für keinen rechtlich abzugrenzenden Thatbestand, insoferne sie nicht verletzend in die von einer anerkannten Religionsgesellschaft angenommene Form der Gottesverehrung eingreift. So wenig einerseits verhütet werden kann, daß nicht eine philosophische Betrachtung über die Natur des höchsten Wesens oder über dessen Eigenschaften von Personen, welche auf einem streng dogmatischen Standpunkt stehen, als Gotteslästerung betrachtet wird, obgleich sie es nicht ist; ebensowenig kann ein Ausbruch der Roheit, welche sich bei gewissen Menschenklassen so leicht und häufig in die Form der Gotteslästerung kleidet, als ein Eingriff in die Rechte Anderer betrachtet werden. Alle solche Ausdrücke werden stets nur als Beweise von Roheit auf den Sprechenden oder Handelnden zurückfallen.

Das Verletzen der religiösen Gefühle Anderer hat aber ein viel weiteres Gebiet, als hier vorgesehen ist, und würde die angedrohte Strafe mit einem Angriff auf die Gottheit, wäre ein solcher denkbar, außer Verhältniß stehen.

Der Thatbestand der Gotteslästerung könnte nur festgestellt werden, wenn vom Staat ein gewisses Dogma über Gott gesetzlich sanctionirt würde. Da dies nicht der Fall ist und im modernen Staate nicht der Fall sein kann, dürfte besser der auf Gotteslästerung sich beziehende Theil des §. 144. wegfallen.

Zu §. 152.

Widernatürliche Unzucht ist an sich kein strafbares Delict. Sie bedroht weder die Rechtsordnung des Staates, noch dessen sittliche Wohlfahrt, wie dies Blutschande und andere die Familienbande zerstörende Delicte thun. Wäre es möglich, die Sittlichkeit durch Strafgesetze zu schützen, so müßte offenbar viel weiter gegangen und jegliche Unzucht bestraft werden. Der Staat scheitert an der Unmöglichkeit, dies durchzuführen, und beschränkt sich deshalb darauf, unsittliche Handlungen zu bestrafen, welche entweder in die Rechte Anderer eingreifen oder welche die Grundlage des Staates, die Familie, angreifen. Diese Grenzlinie zu verlassen und durch Bestrafung widernatürlicher Unzucht mit Nachtheil für die öffentliche Sittlichkeit den Schmutz geheimer Sünden aufzurütteln besteht kein Grund.

Digitized by Google

Zu §. 157.

Vollkommen einverstanden damit, daß der Staat, machtlos gegen eine vor dem Forum der Sittlichkeit verwerfliche Befriedigung des Geschlechtstriebs, dessen nachtheilige Folgen durch polizeiliche Anordnungen zu verhüten und einzuengen bemüht ist und deshalb auch nur diejenige gewerbsmäßige Unzucht bestraft, welche den polizeilichen Anordnungen zuwiderläuft, erachte ich es als das entsprechende Correlat, daß auch die Kuppelei entsprechend geregelt und bestraft wird. Dieser Anforderung entspricht §. 157. nicht.

Zu §. 160.

Die Worte: „Wer Aergerniß gibt" haben bekanntlich zu sehr verschiedenen Deutungen Anlaß gegeben, und wenn auch die Jurisprudenz durchgehends die richtige Deutung festgehalten hat, so dürfte es doch gut sein, wenn bei einer Gelegenheit, bei welcher die Bestimmung im erweiterten Umfang zur Geltung kommen soll, die zu Controversen Anlaß gebende Fassung vermieden wird. Dies würde der Fall sein, wenn §. 160. wie folgt redigirt würde:

„Wer öffentlich eine unzüchtige Handlung begeht, welche Aergerniß zu geben geeignet ist, wird u. s. w."

Zu §§. 216., 217.

Ich begrüße es als einen erheblichen Fortschritt, daß nach dem Muster des preußischen Strafgesetzbuches auf den Werth des Entwendeten ein Gewicht nicht gelegt ist. Dennoch tritt eine allzugroße Härte ein, wenn jeder erste, unbedeutende Diebstahl gleich allen anderen bestraft wird.

Dagegen halte ich die Casuistik des §. 217. für innerlich nicht begründet und durch einen entsprechend weiten Strafrahmen besser zu ersetzen. Alle die im §. 217. aufgeführten Fälle lassen sich unter so entschuldigenden Umständen begangen denken, daß eine strengere Bestrafung nicht am Platze ist, während ein einfacher Diebstahl — §. 216. — sehr wohl eine strengere Bestrafung verdienen kann. Man denke z. B. an den Diebstahl eines bereits geerndteten, noch auf dem Felde liegenden Apfels.

Gerechtfertigt ist die strenge Bestrafung des Rückfalls, jedoch nicht minder, wenn die Vorstrafe wegen Raubes als wenn sie wegen Diebstahls ergangen ist, und kann nicht die Verurtheilung sondern nur die Strafverbüßung maßgebend sein, da sonst eine fünf Jahre dauernde Freiheitsstrafe Rückfall ausschließen würde.

Es dürfte endlich kein Grund gegeben sein, die Wirkung ausländischer Urtheile auf Rückfall auszuschließen, da das Strafrecht aller civilisirten Staaten, insbesondere bezüglich des Diebstahls, auf gleichen Principien beruht und das Verfahren die Annahme gerechter Aburtheilung rechtfertigt, bei Bestrafung

Digitized by Google

in uncivilisirten Staaten es aber am Nachweise eines entsprechenden Thatbestandes mangeln wird.

Deshalb würde ich folgende Fassung begutachten:

§. 216.

„Der Diebstahl wird, wenn der Werth des Entwendeten den Betrag von drei Thalern nicht übersteigt und die That unter keinem der in §§. 218, 219 bezeichneten Umstände verübt wurde, mit Gefängniß bis zu 6 Monaten bestraft."

„Wurde der Thäter jedoch innerhalb der letzten fünf Jahre vor Begehung des Diebstahls wegen Diebstahls oder Raubs oder Versuchs oder Theilnahme daran bestraft, oder übersteigt der Werth des Entwendeten den Betrag von 3 Thalern, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter einer Woche ein und kann der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden."

„Der Versuch des Diebstahls ist strafbar."

§. 217. könnte alsdann gänzlich wegfallen.

Zu §. 219.

Die Strafbestimmungen dieses Artikels müssen, insbesondere, wenn daran festgehalten wird, daß schon der erstmalige kleinste Diebstahl Vergehen ist und zu den Rückfallsstrafen des §. 219. führt, eine ganz exorbitante Härte zur Folge haben und, wenn beabsichtigt ist, die Zuständigkeit zum Erkennen von Zuchthausstrafen den Schwurgerichten ausschließlich zuzuweisen, diese unter der Last der Arbeit erdrücken.

Ich bin der Ansicht, daß für einfachen Diebstahl ein Maximum von fünfjähriger Gefängnißstrafe, in Einzelhaft verbüßt, unter allen Umständen ausreicht.

Zu §. 228.

In Ziff. 4 ist eine Rückfallsstrafe angedroht, ohne die sonst stets vorgesehene Rückfallsverjährung zu beachten. Nicht blos der Consequenz halber, sondern auch aus inneren Gründen halte ich eine solche selbst beim Raube für gerechtfertigt, um so mehr als durch die Bestimmungen der §§. 227. Abs. 2 und 232. der Begriff des Raubes wesentlich ausgedehnt ist. Es widerstrebt stets dem Gerechtigkeitsgefühl, wenn vielleicht eine im jugendlichen Leichtsinne begangene That nach rechtlich durchlebten Jahrzehnten für den Thäter noch schwere Folgen nach sich ziehen soll.

Dagegen halte ich es hier wie an anderen Orten nicht für gerechtfertigt, den Rückfall nur durch Urtheile norddeutscher Gerichtshöfe begründen zu lassen. Bei den jetzigen Verkehrsverhältnissen beschränken sich gerade die gefährlichsten Verbrecher nicht auf ein enges Gebiet. Man denke z. B. nur an die auf Eisenbahnen vorgekommenen Raubanfälle oder an die Verhältnisse

Digitized by Google

des Großherzogthums Hessen. Welchen Eindruck würde es machen, wenn ein in Süddeutschland mehrfach wegen Raubs Bestrafter, der den Schauplatz seiner Thätigkeit etwa aus Franken nach Thüringen verlegt hat, als erstmaliger Räuber beurtheilt werden müßte. Wie würde sich dies zur angestrebten gegenseitigen Rechtshülfe verhalten?

Zu §§. 235., 236.

Ich halte §. 235 neben §. 236 für entbehrlich. Der Begriff der Gewohnheit ist ohnehin ein schwieriger, und bei der Gesetzesanwendung zu Mißlichkeiten führender. Er wird besser auf den bestimmten Begriff des Rückfalls zurückgeführt. Gewohnheitsmäßige Verübung und Rückfall neben einander festzuhalten, dürfte aber vollends überflüssig sein. Was in dieser Richtung die Motive S: 170. sagen, ist sicher nicht unrichtig; allein bei einem Gesetzbuche ist auch die praktische Anwendbarkeit in's Auge zu fassen, und wenn auch ein rückfälliger Hehler noch kein gewohnheitsmäßiger sein muß, so ist doch nicht leicht eine Gewohnheit anzunehmen, die sich nicht durch Rückfall dokumentirt. Eventuell würde es sicher vom praktischen Standpunkte aus vorzuziehen sein, wenn an die Stelle des Begriffs der Gewohnheit der Zusammenfluß einer bestimmten Anzahl von Fällen der Hehlerei gesetzt würde.

Zu §. 275.

gilt die zu §§. 235. und 236. gemachte Bemerkung in Bezug auf Gewerbsmäßigkeit. Auch hier halte ich die Begriffe von Rückfall und Zusammenfluß für konkreter und deshalb für die Anwendung des Gesetzes besser, als den der Gewerbsmäßigkeit.

München, den 3. Dezember 1869.

Stenglein,
königl. bayer. Appellationsgerichtsrath.

Digitized by Google

II.

Gutachten des Herrn Dr. Adolf Merkel, ordentlichen Professors der Rechte in Prag.

Vorbemerkung.

Der an ihn ergangenen ehrenden Aufforderung zu einer Begutachtung des Strafgesetzentwurfs für Norddeutschland kömmt der Verfasser dieses, soweit es ihm die Umstände gestatten, mit lebhafter Genuggthuung nach; so geringe Aussichten auch seine bezüglichen Ausführungen bei dem vorgerückten Stande dieses gesetzgeberischen Unternehmens und dem beschleunigten Gange, den dasselbe einhalten zu sollen scheint, auf eine Berücksichtigung an maßgebender Stelle haben dürften.

Ist doch dies Unternehmen bedeutsam genug, — nicht bloß für den Norden Deutschlands — um sich auch durch ein Minimum solcher Aussicht in lebhafte Bewegung setzen zu lassen. —

Die Gründe jenes raschen Vorangehens mögen über jede Diskussion erhaben sein. Jedenfalls liegt ihre Prüfung außer dem Bereiche der dem Verfasser gestellten Aufgabe. Aber der Wissenschaftler darf es von seinem Standpunkte aus bedauern, daß bei dieser Gelegenheit das auch auf legislativem Gebiete beachtenswerthe „nonum prematur . . “ durch das den Deutschen sonst wenig geläufige „Carpe diem . . “ so entschieden aus dem Felde geschlagen zu werden bestimmt scheint.

Nicht, als ob über den vorliegenden Entwurf hier ohne Weiteres als über das Resultat einer Uebereilung der Stab gebrochen werden wollte. Schon der Anschluß an das preußische Strafgesetzbuch mußte ihm einen, gegen

Digitized by Google

ein derartiges Urtheil sicher stellenden, Werth verleihen. Auch hat die Kommission den bekannten Vorzügen dieses Gesetzbuchs andre hinzugefügt, die ihrer Einsicht und Vorurtheilslosigkeit ein rühmliches Zeugniß ausstellen. Der Entwurf würde daher, zum Gesetze erhoben, ohne Zweifel zu dem Besten gehören, was die Gegenwart auf diesem Gebiete kennt.

Aber leider kennt dieselbe hier nichts Befriedigendes. Die großen Probleme der Strafrechtspflege sind im Wesentlichen ungelöst, und auch die neuesten legislativen Arbeiten dürften das Wort der Lösung für sie nicht enthalten.

Unter solchen Umständen bedeutet es wenig, unter den Vordersten zu marschiren! Für ein Voraneilen aber auf zum Theil neuen Wegen, wie es von der deutschen Gesetzgebung heute zu fordern wäre, dazu bedarf es umfassenderer Zurüstung und einer energischeren Zusammenfassung der disponiblen Kräfte, als beides im gegebenen Falle, wenn ich nicht irre, stattgefunden.

Zu §. 1.

Ueber die Dreitheilung der strafbaren Handlungen.

Der Entwurf hat die Dreitheilung der Delikte beibehalten. Aber man hat den gegen sie erhobenen Einwendungen insofern Rechnung getragen, als man die praktische Bedeutung derselben — die grundsätzliche Verschiedenheit in der Behandlung der also getheilten Gruppen — gegenüber von dem preußischen und französischen Strafrechte wesentlich reducirt hat. Ein Mittelweg, in Bezug auf welchen das „in medio veritas“ nicht gelten dürfte! Ist diese Dreitheilung im Gebiete des materiellen Strafrechts eine wirklich zu begründende, dann wird die „consequente und ausgeprägte“ Durchführung derselben, wie sie dem code pénal Seitens der Motive nachgerühmt wird, der verwaschenen Weise, in welcher sie im Entwurfe festgehalten ist, ohne Zweifel vorzuziehen sein. Sind dagegen jene Einwendungen begründet, dann ist es allein richtig, diese Eintheilung gänzlich fallen zu lässen, denn dieselben treffen das Prinzip, nicht (oder doch nicht bloß) die Art seiner Durchführung.

Nach dem, was von wissenschaftlicher Seite sowohl diesseits wie jenseits des Rheins gegen die famose Eintheilung gesagt worden ist, hätte man vielleicht erwarten dürfen, daß die Redaktoren des Entwurfs den Gedanken, von dem sie ausgingen, indem sie sich zur Uebertragung derselben in den letzteren entschieden, und ihr grade die bestimmte Tragweite gegeben haben, die ihr in ihm beigelegt ist, zu einem präzisen Ausdruck in den Motiven bringen würden. Aber es ist daselbst nichts dieser Art zu finden. Vielmehr weist das, was statt dessen gegeben ist, darauf hin, daß man über einen klar erfaßten Gedanken dieser Art überhaupt nicht verfügt habe.

Das Argument, daß die preußischen Juristen, wenn man die Dreithei-

Digitized by Google

lung fallen ließe, umsonst gelernt haben würden, enthält einen solchen Gedanken natürlich nicht. Ebenso wenig die Berufung auf die ominöse Autorität Carpzov's. Oder sollte am Ende diese Dreitheilung, die von Einigen bisher als etwas spezifisch Französisches bekämpft worden ist, nun als spezifisch deutsches Erbgut sich entpuppen?

Ernsthafter gemeint ist ohne Zweifel das Argument, daß durch diese Eintheilung die Regulirung der Zuständigkeit im Strafverfahren erleichtert werde. In ihm ist der Kernpunkt der Ausführungen aller Vertheidiger der Dreitheilung gegeben. Mit ihm fällt ihre Sache.

Und doch ist leicht zu zeigen, daß das gerade Gegentheil dieser Behauptung wahr sei.

Wir erleichtern die sachgemäße Erledigung einer Aufgabe nicht, indem wir ihr präjudiciren.

Handelt es sich bei der Dreitheilung der Delikte um ein strafprozessualisches Interesse, so hat sie nach strafprozessualischen Rücksichten, also unter Berücksichtigung der bestehenden oder der zu erwartenden strafgerichtlichen Einrichtungen zu erfolgen. Ist dies im Entwurf geschehen? Schon deshalb nicht, weil die künftigen strafprozessualischen Einrichtungen noch im Ungewissen liegen. Man wäre hier auf Vermuthungen hingewiesen gewesen. Aber auch auf das hier zu Vermuthende ist in den Motiven nirgend Bezug genommen, und die Abgrenzung sowohl der „Verbrechen" wie der „Uebertretungen" im Entwurfe läßt erkennen, daß man sich mit Conjecturen dieser Art nicht abgegeben habe. Wie wenig man hier an jene Regulirung gedacht habe, geht u. A. auch daraus hervor, daß man die Verbrechens- und Vergehensqualifikation vielfach nicht an die im Strafgesetze bezeichneten allgemeinen Merkmale der verschiedenen Arten von Delikten, sondern an das Bild, welches sich der Richter von dem konkreten Fall entwirft, also erst an das Ergebniß der Untersuchung anknüpft. Wenn man also aus prozessualischen Rücksichten zur Aufnahme der Dreitheilung schritt, so hat man den Grund dieses Schrittes, während man ihn machte, total vergessen und verleugnet. Und daraus soll sich eine Erleichterung der Erledigung prozessualischer Aufgaben ergeben?

Eine Eintheilung wie diese, welche in prozessualischen Bedürfnissen sich begründet, findet sich, was leicht einzusehen ist, nur in der Strafprozeßordnung in ihrem natürlichen Zusammenhange, wie es jetzt auch von Frhr. von Groß (deutsche Strafrechtszeitung im Septemberheft S. 465 f.) näher nachgewiesen worden ist. Sie in das Gebiet des materiellen Strafrechts zu übertragen und sie dort mit einer künstlichen, aber weittragenden Bedeutung auszustatten, dies kann sich in prozessualischen Verhältnissen unmöglich begründen. Wenn wir ein Delikt um seiner Schwere willen den

Digitized by Google

Geschworenen zuweisen wollen, ist es dazu nothwendig, oder wird dies erleichtert dadurch, daß wir es im materiellen Strafrechte mit einer dort nicht begründeten Bedeutung begaben, daß wir es mit einer schwereren Strafe belegen, als es nach seiner materiellen Beschaffenheit nach sich zu ziehen hätte, daß wir es als infamirend behandeln, wiewohl ihm keine verächtliche Gesinnung zu Grunde liegt ꝛc.? In der That, dies ist hier die Logik des französischen und preußischen Strafrechts, eine Logik, von welcher es Zeit wäre, sich zu emancipiren.

Und wenn nun gar bei dieser Uebertragung eines prozessualischen Gedankens auf das materielle strafrechtliche Gebiet derselbe seinen Zusammenhang mit dem Prozesse und also mit den Gründen seines Daseins verlöre, ohne doch im ersteren Gebiete in einen neuen legitimirenden Zusammenhang einzutreten — wie dies Alles in Betreff der Dreitheilung des Entwurfs nachzuweisen ist — soll der so Entwurzelte, in seiner Fixirung dem bloßen Zufall Preisgegebene, dennoch berufen sein, eine Grundlage abzugeben für das deutsche Strafrecht der Zukunft? Etwa weil eine aufgeklärte Praxis nicht gegen ihn revoltirt, sich sogar an Seinesgleichen an mehreren Orten sehr gewöhnt hat? Aber wir tragen uns mit manchen imaginären Werthen, und halten um so entschiedener an ihnen fest, je unklarer unsere Vorstellungen über sie sind.

Man hat hier fortwährend den Fehler begangen, die strafprozessualischen Gesichtspunkte mit den materiell strafrechtlichen einfach für identisch zu nehmen, während es sich bei näherer Prüfung herausstellt, daß hier keineswegs eine Congruenz stattfinde, daß für den Prozeß bedeutsame Unterschiede dies nach materiellen strafrechtlichen Gesichtspunkten nicht seien, und umgekehrt. Wenn wir z. B. im Gebiete des Prozesses die durch die Presse begangenen Delikte von anderen im Uebrigen gleichartigen unterscheiden, so geschieht dies nicht, um materiellen strafrechtlichen Unterschieden gerecht zu werden, und umgekehrt hat der im materiellen strafrechtlichen Gebiete bedeutsame Unterschied zwischen den infamirenden und den nicht infamirenden Handlungen keine Tragweite auf prozessualischem Gebiete. Auf dem letzteren kömmt vor Allem die relative Schwere der Delikte in Betracht, während dieselbe im Bereich des materiellen Strafrechts im Allgemeinen nur eine quantitativ, nicht auch eine qualitativ verschiedene Behandlungsweise rechtfertigt. Gehen wir bei der Abgrenzung der Uebertretungen z. B. von materiellen strafrechtlichen Gesichtspunkten aus, so wird es durchaus gefordert sein, sie auf polizeiliches Unrecht und die reinen Omissivdelikte zu beschränken, nicht beliebige Arten kriminellen Unrechts, insofern sie in geringeren Maaßverhältnissen auftreten, mit ihnen zusammenzuwerfen. Die Aufstellung gemeinsamer Grundsätze für diese Gruppe, wie sie sich z. B. im Entwurfe im §. 4. i. f., im §. 345 und u. f. finden,

Digitized by Google

würde sonst zur baaren Willkür. Gehen wir hier dagegen von prozessualischen Gesichtspunkten aus, so werden wir consequent zur entgegengesetzten Entscheidung, d. i. zur Vereinigung kleiner Betrügereien und Diebstähle ꝛc. mit dem polizeilichen Unrechte gelangen. Ich verweise in Betreff der sich hier anknüpfenden Fragen auf die Ausführungen des Freiherrn von Groß im Gerichtssaal XXI. Seite 249 flg. und in der deutschen Strafrechtszeitung l. c.

Aber lassen wir die Beziehung der Dreitheilung auf den Prozeß bei Seite.

Man könnte der Meinung sein, daß eine Abtheilung der zahlreichen Deliktsarten in eine Mehrzahl von Gruppen mit Rücksicht auf die mit ihnen verbundenen Strafmaxima jedenfalls nicht viel gegen sich haben könne. Vergl. Meyers Beurtheilung des Entwurfs S. 4. Hierbei ist aber selbstverständlich von der Voraussetzung auszugehen, daß die so getheilten Delikte genau dieselbe Behandlung erfahren, welche ihnen unabhängig von dieser Scheidung ihrer sachlichen Natur entsprechend zu Theil geworden sein würde. Ist dies der Fall, so haben wir in dieser Eintheilung allerdings eine völlig unschädliche, aber auch (was Meyer übersieht) eine völlig unnütze Sache, in Bezug auf welche nur die Frage aufzuwerfen wäre, ob die Harmlosigkeit eine Legitimation für gesetzliche Anordnungen sei.

Anders, wenn wir mit Rücksicht auf die einmal vorgenommene Eintheilung verschiedene Grundsätze für die so zu Stande gebrachten Kategorien aufstellen; wenn wir die mit den verschiedenen Delikten zu verbindenden Freiheitsstrafen mit Rücksicht auf die Qualifikation der ersteren als „Verbrechen" oder als „Vergehen" eigenthümlich gestalten und benennen und mit verschiedenen Folgen verknüpfen; wenn wir besondere Grundsätze über Versuch, Verjährung, mildernde Umstände ꝛc. mit Rücksicht auf eben diese Qualifikation für sie aufstellen. Hierdurch erst wird die Sache Sinn und Bedeutung erhalten. Aber es ist klar, daß wir durch jede dieser Aenderungen an den unabhängig von dem Schema eintretenden Deliktsfolgen, mag sie an sich bedeutend oder nicht bedeutend sein, uns von der Wahrheit der Sache entfernen, daß diese Schmarozerpflanze im Gebiete der Strafgesetzgebung durchaus nur Leben erhalten könne auf Kosten der Natur der Sache.

In Betreff der Dreitheilung des Entwurfs wird Gelegenheit sein, dies näher darzulegen. Wo immer wir ihrem Einflusse begegnen, da ist auch irgend eine Consequenz aus der Natur der Sache unterdrückt, irgend einem sachlichen Motive der ihm zukommende Spielraum verkürzt.

Allerdings ist nicht zu leugnen, daß der Entwurf die bedenklichsten der im preußischen Strafgesetzbuch begegnenden Aeußerungen dieses Einflusses unterdrückt hat. Das ist als eine relative Unschädlichmachung der Schablone dankbar zu acceptiren. Allein für den Rest existiren keine besseren Titel. Ja, derselbe nimmt sich nur um so sonderbarer aus, je mehr er zu-

Digitized by Google

sammenschmilzt, und je mehr die Sachen, um die es sich handelt, zu ihrem Rechte kommen. Der Entwurf ist den Intentionen ihrer Verfasser nach über ihn hinaus. Aber sie haben ihr Werk nicht überall von den Fesseln einer unerleuchteten Tradition zu lösen vermocht. So führt es denn auch in jenem Reste werthlosen Ballast, der den Schein einer Bedeutung nur hat, so lange das Schifflein der Legislation mit wirklichen Werthen zu leicht befrachtet ist.

Zu §. 2.

Ueber die rückwirkende Kraft des Strafgesetzes.

In Betreff des zweiten Absatzes dieses Paragraphen dürfte Berner's Meinung (Kritik des Entw. S. 5) zu stützen sein. —

Der Entwurf beschränkt die rückwirkende Kraft seiner Bestimmungen, im Allgemeinen mit gutem Grunde, auf Straffachen, in Bezug auf welche noch kein Endurtheil vorliegt. In Bezug auf gewisse Bestimmungen aber wird man weiter gehen und dieselben auch gegenüber von bereits abgeurtheilten Sachen gelten lassen müssen.

Der Entwurf beseitigt (Art. V. des Einführungsgesetzes) gewisse im geltenden Recht verschiedener Bundesländer vorkommende Strafmittel, bez. Strafschärfungen und Straffolgen, weil sie als unnütz oder auch als dem heutigen Rechtsbewußtsein widersprechend gelten. Die Staatsgewalt aber soll nicht zur selben Zeit einander widersprechende Ueberzeugungen zum Ausdruck bringen, nicht dieselbe Strafe zugleich als verwerflich und als nothwendig anerkennen. Es wird daher richtig sein, in Bezug auf die fernere Anwendung jener Strafmittel keinen Unterschied zu machen zwischen abgeurtheilten und nicht abgeurtheilten Sachen. Dem Begnadiger es zu überlassen, der Ueberzeugung des Gesetzgebers die Grenzen ihrer Geltung hier von Fall zu Fall zu bestimmen, dürfte nicht richtig sein. Ebensowenig, dies der Gesetzgebung der einzelnen Bundesstaaten zu überlassen. Uebrigens gehört diese Ausgleichung zwischen dem heutigen und dem früheren Standpunkte des Gesetzgebers in das Einführungsgesetz und ist hier nur des Zusammenhangs wegen erwähnt. Zur Vergleichung mag auf das österreichische Gesetz vom 15. November 1867 hingewiesen werden.

Noch mag auf den Widerspruch aufmerksam gemacht werden, der sich in den einander genau entsprechenden §§. 2. und 337. des Entwurfs in Betreff des mit dem Worte Handlungen verbundenen Begriffes findet. In dem ersteren §. nämlich schließt derselbe die Unterlassungen ein, in dem letzteren aus.

Zu §. 4.

Ueber die im Ausland begangenen Verbrechen.

In Betreff des §. 4. dürften die Bemerkungen des Frhrn. von Groß (Strafrechtszeitung, S. 469) Beachtung verdienen.

Es scheint nicht billig, nur die Pflichten und Lasten des Inländers

Digitized by Google

im Auslande als fortbestehend anzuerkennen, nicht deren Korrelat: die Schutzpflicht auf Seiten des Staates.

Mit dem „kann" im 2. Absatze wird man sich nicht befreunden können, jedenfalls nicht in seiner Beziehung zu pos. 3. Wandeln wir jedoch das „kann" in ein „soll" um, so wird eine Einschränkung dieser pos. 3. gefordert sein. Vergl. hierüber Binding's „Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund" S. 134, 136 (daselbst die Paragraphenzusammenstellung im §. 7.)

Zu §. 8.

Der §. 8. sagt etwas Selbstverständliches in einer Weise, daß man versucht sein könnte, etwas Anderes, was nicht darin liegen soll, darin zu suchen. Der Entwurf schweigt so oft, wo wirkliche Zweifel zu lösen wären, weshalb hier reden, wo Niemand zweifelt, und wo wir entweder nichts damit wirken oder etwas Nichtgewolltes?

Zu §. 11,2 und §. 19.

Ueber die Ausdehnung der zeitlichen Freiheitsstrafe und die bedingte Freilassung.

Eine glückliche Initiative haben die Verfasser des Entwurfs in Betreff der Frage ergriffen, ob nicht die zeitliche Freiheitsstrafe einer wesentlichen Kürzung zu unterziehen sei.

Sie haben sich damit frei gezeigt von der Herrschaft des alten Vorurtheils, welches durch Massenhaftigkeit der aufgewendeten Mittel wirken zu können und zu müssen meint, wie weiland die mit maßlosen Latwergen operirende Medicin. Wir wissen heute, daß es auf beiden Gebieten nicht darauf ankomme, möglichst Vieles an Heilmitteln, sondern im Gegentheil darauf, das Minimum des Geforderten zur Anwendung zu bringen. Wir wissen, daß jede Strafe im Verlustconto der Gesellschaft figurire. Dieselbe befindet sich strafend in der Lage des Schiffers, der, um sein Schiff flott zu erhalten, sich genöthigt sieht, Werthgegenstände über Bord zu werfen.

Von diesem Gesichtspunkte aus die überlieferten Strafmaaße einer unbefangenen Prüfung und in Folge davon einer wesentlichen Reduktion unterzogen zu haben, ist ein entschiedener Verdienst der Verfasser des Entwurfs, das sie vortheilhaft von zahlreichen Gesetzgebern unterscheidet, welche es hier wie sonst für legislative Weisheit ansehen, das Ueberkommene (das so vielfach an der Hand des Vorurtheils und der Leidenschaft Ueberkommene) unter beliebig geänderten Verhältnissen zu conserviren.

Es gehört aus dem Entwurfe insbesondere hierher die Herabsetzung des Maximums der zeitlichen Zuchthausstrafe und, was als im engen Zusammenhange hiermit stehend zu betrachten ist, die Art, wie das Beurlaubungssystem von ihm aufgenommen worden ist.

Digitized by Google

Jenes Maximum ist auf 15 Jahre festgesetzt. Die Gutachten der zu Rathe gezogenen Sachverständigen befürworteten zum Theil, in Uebereinstimmung mit der Meinung einiger Regierungskommissäre, eine weitere Herabsetzung desselben auf 10 Jahre. Auch sind die dafür geltend gemachten Gründe an sich nicht widerlegbar. Eine Ausdehnung der Haft über 10 Jahre (ja eine solche über 6 Jahre) hinaus fördert im Allgemeinen die Zwecke des Pönitentiarsystems nicht, sondern pflegt sie zu vereiteln. Ja schon die sichere Aussicht auf eine solche Dauer der Strafe stellt ihre Erreichung von vornherein in Frage.

Daraus ergiebt sich nun freilich nicht ohne Weiteres die Grenze, bis zu welcher wir in der Reduktion des Strafmaaßes zu gehen haben. Wenigstens für alle Diejenigen nicht, welche neben der Rücksicht auf den Verbrecher noch andere als für die Strafgesetzgebung maaßgebend anerkennen. Für diese ergibt sich aus jenen Thatsachen nur, daß das letzte Ziel, welches wir hier anzustreben haben, mit der vom Entwurf vorgeschlagenen Reduktion allerdings lange nicht erreicht sei. Aber wir dürfen uns diesem Ziele jeweilig nicht weiter nähern, als es der Bestand der rechtlichen Ordnung verträgt. Wo nun hier in einem gegebenen Momente die Grenze liege, das läßt sich a priori nicht mit Sicherheit bestimmen. Die hiebei maaßgebenden Faktoren erscheinen zum Theil, so lange die fragliche Grenze nicht überschritten ist, als latent und damit der Maaßbestimmung entrückt. Eine Wahrnehmung a posteriori aber setzt Störungen voraus, wie sie die Strafgesetzgebung uns gerade soll vermeiden lassen. Daraus ergiebt sich, daß wir hier nicht sprungweise, sondern langsam und mit vorsichtiger Prüfung des Bodens, auf den wir treten, voranzugehen haben. Und dies ist die Art, wie im Entwurfe vorangegangen wird.

Man scheute sich von 20 Jahren Zuchthaus — dem Maximum im preußischen Strafgesetzbuch — mit Einemmale auf 10 Jahre oder noch weiter herabzugehen, suchte aber auf anderem, minder bedenklich scheinendem Wege die hier anzustrebenden Resultate zu erreichen. Als dieser andere Weg erschien der Kommission, wenn ich richtig interpretire, die Einführung eines weitgreifenden Beurlaubungssystems.

Die hierauf bezüglichen Bestimmungen des Entwurfs würden im Allgemeinen trotz der immer noch hohen Strafsätze die Möglichkeit begründen, Gebesserte zu einer Zeit zu entlassen, wo eine Fortsetzung der Haft das erreichte Resultat wieder in Frage stellen oder sogar sie vollständigem moralischen und körperlichen Ruine zuführen müßte.

Daß dieses ein bedeutsames Moment sei, wird man nicht verkennen wollen. Auch darf man nicht sagen, daß damit die Beibehaltung höherer

Digitized by Google

Strafsätze völlig bedeutungslos werde. Abgesehen davon, daß diese Beibehaltung einen größeren Spielraum für die Berücksichtigung verschiedener Schuldgrade im richterlichen Urtheile gewährt, ist es praktisch nicht einerlei, ob Zuchthaus von 8 Jahren ausgesprochen werde oder Zuchthaus von 15 Jahren mit dem Beisatze, daß der Sträfling durch musterhaftes Verhalten sich einen Theil derselben (bis zur Hälfte) in bedingten Urlaub verwandeln könne. Die psychologische Kraft der letzteren Sentenz wird, um von Anderem hier abzusehen, eine weit intensivere sein.

Nur aus dem angegebenen Zusammenhange freilich läßt sich die Ausdehnung rechtfertigen, in welcher der Entwurf die Beurlaubung zuläßt. Im Sinne eines allmähligen Ueberganges nämlich zu niedrigeren Strafsätzen, und also nur als eine provisorische Einrichtung. Dagegen läßt sich aus der spezifischen Natur des Beurlaubungssystems eine Rechtfertigung für diese Behandlungsweise nicht gewinnen, und insofern haben Berner (l. c. S. 11) und v. Groß (l. c. S. 472) mit ihren Einwendungen gegen dieselbe Recht. Dieser spezifischen Natur nach dient die Beurlaubung dem edukatorischen Gedanken. Es handelt sich dabei einerseits um eine Einwirkung auf den Sträfling im Interesse sittlicher Haltung und der Befähigung zu selbstständiger Führung eines geordneten Lebens, andererseits um eine Prüfung der in dieser Hinsicht erreichten Resultate. Diesen Intentionen aber darf, wenn der Charakter der Strafe nicht verwischt werden soll, kein allzugroßer Einfluß auf das Maaß der Strafe eingeräumt werden.

Auch finden dieselben ihre vollständige Verwirklichung nur in dem Progressivsystem. Daher das in Frage stehende Institut eine dauernd bedeutsame und seiner Natur entsprechende Stellung nur als ein Glied von diesem haben würde. Vgl. v. Groß, l. c. —

An jene Herabsetzung des Maximums der zeitlichen Zuchthausstrafe knüpft sich die Aufgabe, die sämmtlichen Delikte verhältnißmäßig an der darin sich begründenden Milderung Theil nehmen zu lassen. In dieser Hinsicht dürfte sich Manches an den Strafsätzen des speziellen Theils aussetzen, manche Ungleichmäßigkeit rügen lassen. Auch ist die obengerühmte Oekonomie in der Androhung von Strafen nicht überall beobachtet worden. Zur Begründung dieser Behauptung mag einstweilen auf Binding, l. c. Seite 11—42, verwiesen werden.

Zu §§. 11—16.

Ueber die Freiheisstrafen.

Der Entwurf kennt 3 nach der Strafanstalt, in welcher sie zu verbüßen sind, und den Modalitäten des Strafvollzugs unterschiedene Freiheitsstrafen: Zuchthaus, Einschließung und Gefängniß.

Davon möchte die Einschließung in ihrer Gestaltung und der An-

Digitized by Google

wendung, die von ihr gemacht wird, zu wenig Weiterungen Anlaß bieten. Die letztere ist eine sehr ökonomische, was, wie mir scheint, zu loben ist. Sie läßt sich, wenn ich nicht irre, nur solchen Verbrechensarten gegenüber rechtfertigen, deren besondere Natur eine klare und greifbare Begründung für die Verhängung einer „Anstandsstrafe," wie sie in der Einschließung gegeben ist, enthält. Das ist aber nur bei wenigen Arten der Fall.

Daher ist dem John'schen Vorschlage (Entwurf zu einem Strafgesetzbuch . . S. 78 f.) nicht beizutreten, wonach die Einschließung wenigstens alternativ bei allen Verbrechensarten zu drohen wäre, welche nicht lediglich unter der Voraussetzung einer gemeinen Gesinnung begangen werden könnten. Dabei ist übersehen, daß sich kaum eine Verbrechensart bezeichnen läßt, welche nicht unter irgend welchen Complikationen auch von einem nicht gemeinen Menschen begangen werden könnte. Jedenfalls würde ein Bedürfniß zu solcher Handhabung der Einschließung nur vorliegen, wenn die übrigen Freiheitsstrafen in ihrer Anwendung schlechthin auf die fragliche Voraussetzung gestellt wären. Daß dies im Entwurfe nicht der Fall sei, braucht nicht hervorgehoben zu werden. Es ist ein Vorzug von ihm, daß er selbst das Zuchthaus von dieser Voraussetzung gelöst hat.

Noch weniger würde es sich empfehlen lassen, diese custodia honesta auf die mögliche Individualität nicht der Verbrechensfälle, sondern der Verbrecher zu beziehen, wie es anderswo geschehen ist. Wo eine Strafart sich solchergestalt von dem Charakter der That loslöst und in dem Thäter den Maaßstab ihrer Gestaltung sucht, da wird sie kaum den Schein eines gehässigen Privilegiums vermeiden können. Duellanten mit Rücksicht auf die Beurtheilung, welche das Duell in der öffentlichen Meinung noch immer erfährt, mit einer Anstandsstrafe zu belegen, das wird Niemandem anstößig erscheinen; einen Chorinsky dagegen mit Rücksicht auf seine Personalien damit zu bedenken, das wird sich auch dem verständigen Theile der Bevölkerung nicht sinngerecht machen lassen. Das aber ist die bedenklichste Art der Individualisirung, die sich von einer Begünstigung der „nobiliores" nur mit den Mitteln der Schule unterscheiden läßt. —

Die Art, wie das Verhältniß der Einschließung zum Gefängniß in den §§. 1. und 16. festgestellt ist, schließt einen handgreiflichen Widerspruch in sich. —

Eine eingehende Prüfung verdient dagegen das Verhältniß, in welchem Zuchthaus und Gefängniß im Entwurfe zu einander stehen.

Mancherlei Gesichtspunkte können zu einer Unterscheidung verschiedener Arten von Freiheitsstrafen Anlaß geben, und wir würden, Allen Rechnung tragend, hier unfehlbar zu einem sehr complizirten Systeme gelangen. Aber

Digitized by Google

es fehlt hiezu an einer wesentlichen Bedingung, nämlich an der Möglichkeit, unverwerfliche Unterscheidungsmerkmale für die verschiedenen Haftarten zu finden. Wie haben daher den oder die wichtigsten unter den möglichen Eintheilungsgründen mit Sorgfalt auszuwählen. Welche Wahl nun hat der Entwurf getroffen? Wie mir scheint, hat er keinen von jenen Gesichtspunkten verworfen, aber auch keinen konsequent zur Geltung gebracht. Und wir dürften hierin eine Frucht der Dreitheilung zu finden haben.

Es lassen sich hier die folgenden Momente unterscheiden:

a) Die verschiedene Schwere der Verbrechensarten.

Auf dieses Moment wird man zunächst geneigt sein, die Unterscheidung von Zuchthaus und Gefängniß im Entwurf zu beziehen. Darauf weist u. A. die Charakterisirung der beiden Strafarten in den §§. 12 und 14. und entschiedener noch das Werthverhältniß hin, in welches §. 16. sie zu einander setzt.

Nun kann man zweifelhaft sein, ob ein Bedürfniß vorliege, mit Rücksicht auf bloß quantitative Unterschiede verschiedene Arten von Freiheitsstrafen einzuführen. Auch bleibt es zweifelhaft, ob der Gesetzgeber seine Intentionen mit einer solchen Unterscheidung unter den gegebenen Bedingungen überall erreiche. Wenn, nach dem Zeugnisse von Valentini's (das Verbrecherthum im preußischen Staate, S. 140), die meisten Sträflinge in Preußen das Zuchthaus dem Gefängnisse vorziehen, so zeigt dies, daß das Unterscheidungsmerkmal, worauf im Gesetze hauptsächlich Gewicht gelegt ist, wenigstens im Bewußtsein der Sträflinge nicht zur Geltung gekommen sei. Dies läßt seine Bedeutung aber als eine sehr problematische erscheinen.

Sei dem jedoch, wie ihm wolle. Jedenfalls wird man fordern müssen, daß man das Eintheilungsprinzip, von dem man bei der Unterscheidung des Zuchthauses von dem Gefängnisse ausgeht, bei der Normirung der beiden Haftarten im Auge behalte. Liegt nun jenes hier in der verschiedenen Schwere der zur Bestrafung zu ziehenden Delikte, so wird man vor Allem fordern müssen, daß dies in den Maximal- und Minimalsätzen bei beiden Freiheitsstrafen hervortrete. Dies ist aber nicht der Fall, wenn, wie im Entwurfe, das Zuchthaus bis auf ein Jahr herabsteigt, das Gefängniß dagegen bis auf 5 Jahre und ausnahmsweise sogar bis auf 15 Jahre (§. 50,2) in die Höhe. Darin ist vielmehr das fragliche Eintheilungsprinzip geradezu verleugnet. Denn es liegt darin offenbar, daß Gefängniß für Delikte in Anwendung kommen solle, welche weitaus schwerer sind als andere, welche mit Zuchthaus bedroht sind, daß also hinsichtlich der Anwendung der einen oder anderen Freiheitsstrafe hier die Schwere der zu strafenden Delikte als gleichgültig zu behandeln sei. —

Dem fraglichen Eintheilungsgrunde entspricht allein die Art, wie Ge-

Digitized by Google

fängniß und Zuchthaus im John'schen Entwurfe behandelt werden. Das Gefängniß muß mit seinem Maximalsatze so weit, aber nicht weiter, reichen, daß sich zwischen ihm und den Minimalsätzen des Zuchthauses keine Lücke hinsichtlich der Gradationen der Strafe ergibt. Es wäre also das Gefängniß etwa bis auf 3 Jahre hinauf-, das Zuchthaus bis auf 2 Jahre herabgehen zu lassen. (John l. c. S. 83 flg., 96 flg.).

Daß sich in Preußen, worauf in den Motiven Bezug genommen wird, das Bedürfniß einer Herabsetzung des Minimalsatzes des Zuchthauses auf ein Jahr herausstellte, findet seine Erklärung einzig und allein in dem festen Zusammenhange, in welche diese Strafart mit der Kategorie der „Verbrechen" gebracht war, also in dem Einfluß der Schablone. Der Entwurf hat diesen Zusammenhang gelockert, ohne ihn vollständig aufzugeben, und an diese Halbheit knüpft sich der in Frage stehende Widerspruch.

b) Das verschiedene Verhältniß der Verbrechensarten zu den Ehrenrechten. Die Zuchthausstrafe ist in Preußen wie anderswo die spezifisch entehrende Freiheitsstrafe. Im Entwurf ist dies insofern geändert, als er mit der Verurtheilung in Zuchthaus nicht mehr allgemein den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verknüpft. Doch hat er sich von der hier vorhandenen Tradition nicht vollständig losgemacht. Dies tritt nicht bloß darin hervor, daß wenigstens die zeitweilige Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter nach ihm eine Selbstfolge der Verurtheilung in Zuchthausstrafe sein soll, sondern auch in der Art und Weise, wie das Strafmittel im Einzelnen gehandhabt wird. Hierher gehört es z. B, wenn beim Vorhandensein mildernder Umstände nicht auf einen geringeren Satz der Zuchthausstrafe, sondern auf Einschließung oder Gefängniß herabgegangen werden soll.

Aber freilich würde die Rücksicht auf den infamirenden oder nicht infamirenden Charakter der That — wenn man ihr hier zur Geltung verhelfen wollte — eine ganz andre Normirung der fraglichen Freiheitsstrafen fordern, als sie ihnen im Entwurf zu Theil wird. Ihr entspricht die Art, wie das Verhältniß derselben u. A. in Lübeck und Sachsen festgestellt wurde, da das Infamirende der That mit ihrer Schwere nicht zusammenhängt.

Sollte man daher darauf zurückkommen — was, wie weiterhin zu zeigen sein wird, ein trauriger Rückfall wäre — bei der Scheidung von Zuchthaus und Gefängniß die Ehrenfolgen der Delikte zu verwerthen, so würde man dem Gefängniß die gleiche Ausdehnung zu geben haben wie dem Zuchthaus. Man würde ferner die Beziehung des letzteren auf eine besondere Schwere der Delikte fallen zu lassen haben. Damit aber würde es sich schwer vereinigen, das Zuchthaus als eine spezifische „Verbrechensstrafe" festzuhalten. Berner macht den Vorschlag, dem Zuchthaus, das nach ihm den infami-

Digitized by Google

renden Charakter beibehalten soll, eine nicht infamirende „Zwangsarbeit" an die Seite zu setzen (Kritik, S. 14). Aber die Gründe, welche ihn den „Verbrechen" gegenüber hiezu bestimmen, wiederholen sich den „Vergehen" gegenüber. Er wird daher von seinem Standpunkte aus consequenterweise zu einem sehr complicirten Strafensysteme gelangen müssen, etwa zu einem solchen, wie es sich im österreichischen Entwurfe von 1867 findet. Die Mängel eines solchen sind in meiner Kritik dieses Entwurfs (abgedruckt in der Wiener Staatszeitung 1867) näher dargelegt worden. Im Uebrigen siehe in Betreff der Ehrenfolgen die Bemerkungen zu §. 25.

c) Die verschiedenen im Strafvollzuge zu lösenden Aufgaben. Die unter a und b besprochenen Eintheilungsgründe beziehen sich auf die Natur der zu bestrafenden Delikte. Hier nun haben wir es mit einem Momente zu thun, welches sich auf die verschiedene Natur nicht der Uebelthaten, sondern der Uebelthäter bezieht. Unter diesen läßt sich eine große Zahl von Individuen aussondern, welche einer nachbessernden, sittlichen Zucht sowohl in ihrem Interesse wie in dem der Gesellschaft zu unterziehen sind. Es gehört dahin insbesondere das habituelle im Gegensatz zu dem sogenannten „zufälligen" oder „Gelegenheits-Verbrecherthum". Bei diesem letzteren tritt das educatorische Moment im Strafvollzuge natürlich zurück. Derselbe befindet sich bei ihm geringeren Aufgaben gegenüber und kann daher eine andere Gestalt als jenem habituellen Verbrecherthume gegenüber annehmen. Grund genug, ihn in besondere Anstalten zu verlegen. Wollen wir anders mit dem Prinzip der Individualisirung im Strafvollzuge Ernst machen, so werden wir mit einer solchen Scheidung der Strafanstalten mit Rücksicht auf die verschiedenen Aufgaben, die in denselben zu lösen sind, voranzugehen haben. Für eine Berücksichtigung dieser Verschiedenheit bei der Charakterisirung der verschiedenen Freiheitsstrafen ist in dem Maaße Spielraum gegeben, als die unter a und b besprochenen Gesichtspunkte hier in ihrem Einflusse zurücktreten. Dies letztere aber geschieht im Zusammenhange mit einem durchaus normalen Entwicklungsprozesse, auf welchen im Weiteren zurückzukommen sein wird. —

Der Gedanke, das oben bezeichnete einer sittlichen Zucht bedürftige Verbrecherthum dem Zuchthause zuzuweisen, ist nicht neu. Weist doch der Name dieser Strafanstalt schon auf ihn hin! Aber er ist, wenn ich nicht irre, nirgends zu vollständiger Verwirklichung gekommen. In Preußen ist er bei Gelegenheit der Vorberathungen zum Strafgesetzbuch mehrfach aufgetaucht, aber das letztere verleugnet ihn in seinem Strafensysteme durchaus. Dagegen weist die Gestaltung des Strafvollzugs in den preußischen Zuchthäusern im Gegensatz zu derjenigen in den Gefängnissen mit Bestimmtheit auf ihn hin. Als maaßgebend anerkannt ist er u. A. auch bei John (l. c. S. 82 flg.).

Digitized by Google

Allein die Behandlung, welche dem Zuchthause in seinem Entwurfe zu Theil wird, steht damit in sehr wichtigen Punkten im Widerspruch. Auch bei John ist das Zuchthaus in wesentliche Beziehung zu den schwereren Delikten gebracht (l. c. S. 83). Ja seine Abgrenzung dem Gefängniß gegenüber ist ausschließlich durch diese Rücksicht bestimmt. Dies würde aber dem vorangestellten Gedanken nur entsprechend sein, wenn die Frage nach dem Bedürfniß methodischer Zucht bei einem Verbrecher identisch wäre mit der Frage nach der Schwere seines Verbrechens, während in Wahrheit zwischen beiden Fragen kein Zusammenhang besteht. Jenes Bedürfniß tritt am Entschiedensten bei Anfängern und im Bereich der gewinnsüchtigen Vermögensverbrechen hervor. Mördern und Todtschlägern gegenüber wird dagegen meist eine edukatorische Gestaltung des Strafvollzugs jedes Sinns entbehren. Die beiden hier vermengten Eintheilungsgründe vertragen sich daher eben so wenig mit einander, wie die unter a und b charakterisirten.

Im Entwurfe ist der uns beschäftigende Gedanke völlig unbeachtet geblieben. Der Umstand, daß im Gefängnisse nach § 14 ein größerer Spielraum für eine individualisirende Behandlung eingeräumt sein soll als im Zuchthause, daß ferner das Gefängniß die normale Strafart für die gewinnsüchtigen Eigenthumsverbrechen bilden soll, sowie daß jugendlichen Verbrechern gegenüber dem Gefängniß der Vorzug gegeben ist, — könnte auf den Gedanken führen, daß jene methodische Zucht grade im Gefängnisse im Gegensatze zum Zuchthaus ihre Stätte finden solle. Aber damit steht vieles Andere in evidentem und keines Nachweises bedürftigem Widerspruche. —

Das Resultat ist, daß man bei der Normirung der in Frage stehenden wichtigsten Strafmittel keinen der besprochenen Gesichtspunkte zur Richtschnur genommen habe. Aber es dürfte sich kein andrer bezeichnen lassen, der hier auf Beachtung Anspruch hat.

Gleichwohl ist man bei dieser Normirung von einem sehr bestimmten Gedanken ausgegangen. Man bedurfte einer besonderen Freiheitsstrafe für „Verbrechen" und einer besonderen für „Vergehen", wenn anders die Scheidelinie zwischen diesen fiktiven Gattungen von Delikten deutlich gezogen werden sollte.

Da nun diese Scheidung auf keinem Prinzip beruht, da bei ihr weder die Rücksicht auf den infamirenden Charakter der Delikte noch die auf die verschiedenen Aufgaben des Strafvollzugs, noch selbst die auf die verschiedene Schwere der strafbaren Handlungen oder irgend eine rationelle Rücksicht zur Geltung gekommen ist (vgl. hierüber nun auch Binding l. c. S. 46 ff.), so ist auch die damit verknüpfte Scheidung der Freiheitsstrafen prinziplos.

Dafür triumphirt die Schablone!

Digitized by Google

Zu §. 17.

Ueber das System der Strafverbüßung.

Die Kommission hat wohl erkannt, daß es an der Zeit sei, zur Frage der Reform des Strafvollzugs und in specie der Einführung der Einzelhaft endlich auch in der Gesetzgebung Stellung zu nehmen. Allein ob dies mit den §§. 17 und. 18 des Entw. in befriedigender Weise geschehen würde, das möchte sich in Zweifel ziehen lassen. Der §. 17 sanktionirt im Grunde nur den bisherigen faktischen Zustand. Es soll die Zulässigkeit der Einzelhaft, die bisher unabhängig von ihrer gesetzlichen Anerkennung behauptet wurde, nun gesetzlich ausgesprochen werden. Irgend welche Garantien dafür, daß auf dem Wege der Reform in sachgemäßer und einheitlicher Weise nun wirklich vorangegangen werde, bietet er nicht. Unabhängig davon aber möchte jenes formelle Zugeständniß nur wenig Werth haben. Nicht das, was geschehen „kann", sondern das, was geschehen „soll", wäre heute zu bestimmen. Es handelt sich darum, eine einheitliche Bewegung auf diesem Gebiete der Reform zu veranlassen und die Wege gesetzlich zu bezeichnen, in welche dieselbe einzulenken hat.

Allerdings scheint es nicht wesentlich, daß betreffende fundamentale Bestimmungen grade einen Theil des Strafgesetzbuchs bilden, wiewohl sie hier in ihrem natürlichen Zusammenhange stehen würden. Auch ist die Forderung selbstverständlich nicht aufzustellen, daß auch das Detail des Strafvollzugs einer gesetzlichen Regelung unterzogen werde. Letzteres schon darum nicht, weil man die hier gestellten Aufgaben nur allmählig, unter jeweiliger Benutzung von Mitteln und Umständen und gemachten Erfahrungen zu einer vollständigen Lösung bringen kann. Das Wesentliche ist, daß die Grundlinien des zu realisirenden Systems von der Bundescentralgewalt im gesetzlichen Wege und gleichzeitig mit der Bearbeitung des Strafgesetzbuchs festgestellt werden. Das letztere, damit das System der Strafandrohungen in Einklang gebracht werden könne mit dem System des Strafvollzugs.

Wem diese Gleichzeitigkeit gleichgültig oder gar unzweckmäßig erscheint, der übersieht, daß die Ordnung in jenem und die in diesem Gebiete sich nicht indifferent zu einander verhalten können, daß wir hier entweder Uebereinstimmung oder schädlichen Widerspruch haben werden, und daß wir auf die erstere nur rechnen können, wenn wir ihre Bedingungen von Anfang ins Auge fassen.

Eine einfache Erwägung kann dies deutlich machen.

Schwerlich wird man in sämmtlichen Strafanstalten das gleiche System einführen. Man wird vielmehr, das ist mehr als wahrscheinlich, im Zuchthause den Strafvollzug zum Theil nach andern Gesichtspunkten einrichten

Digitized by Google

als im Gefängnisse. Dies würde nun aber nach der Behandlung von Zuchthaus und Gefängniß im Entwurfe die auffallendsten Unzuträglichkeiten mit sich führen. Einfach darum, weil man bei der Androhung von Zuchthaus und Gefängniß an das in beiden zur Anwendung kommende System und und dessen psychologische Voraussetzungen nicht gedacht hat. Auch sage man nicht, daß man ja den Strafvollzug in den unterschiedenen Strafanstalten den Gesichtspunkten anpassen könne, nach welchen im Entwurfe die Delinquenten dem Zuchthause und bez. dem Gefängnisse zugewiesen werden. Denn dies ist nach der Natur dieser Gesichtspunkte einfach unmöglich. Man bedroht mit jenem die „Verbrechen", mit diesem die „Vergehen". Es zeigen aber jene so wenig wie diese einen einheitlichen psychologischen Charakter, und eben so wenig besteht zwischen diesen und jenen ein bestimmter psychologischer Unterschied. Die Rücksichten, welche bei einer verschiedenartigen Gestaltung des Strafvollzugs maßgebend sein können, sind bei der Unterscheidung der Delikte und folgeweise der Strafanstalten im Entwurfe in keiner Weise berücksichtigt worden. Es wird sich daher die in den letzteren einzuführende Behandlungsweise der Delinquenten einem Theile von diesen gegenüber nothwendig als willkürlich und unangemessen erweisen.

Es ist auffallend, daß es noch motivirt sein kann, an die Möglichkeit und das Bedenkliche eines Widerspruchs zwischen den für das Strafgericht und den für den Strafvollzug aufzustellenden Normen zu erinnern, nachdem dieser Widerspruch in der Wirklichkeit seit lange in den schädlichsten Wirkungen zu Tage getreten ist. Man lese v. Valentini's Mittheilungen über das Verhältniß von Zuchthaus und Gefängniß in Preußen und die daran sich knüpfenden Uebelstände, und man wird diese Wirkungen vor Augen haben. Aber freilich auch im Gebiete der Doktrin sind die hier zu stellenden Forderungen nicht völlig zum Bewußtsein gekommen, wie u. A. der Entwurf von John zeigen kann. Derselbe will das Progressivsystem nur im Zuchthause zur Anwendung gebracht haben, während er doch zahlreiche Kategorien von Delinquenten, für welche dieses System speziell als passend erscheint, mit Gefängniß bedroht und umgekehrt solche, in Bezug auf welche dasselbe keinen Sinn hat, mit Zuchthaus. Letzteres ist eben auch bei ihm die Strafe für schwere Delikte, eine Qualifikation, die mit dem für dasselbe proponirten System der Strafverbüßung einfach nichts zu thun hat. Auch nach diesem Entwurfe würde es, wie gegenwärtig in praxi, der normale Verlauf sein, daß die Anfänger im Verbrechen unter dem Einflusse des für das Gefängniß angenommenen Systems zu unverbesserlichen Gewohnheitsverbrechern heranreifen, um dann, nachdem es zu spät ist, unter den Einfluß des im Zuchthaus durchgeführten Pönitentiarsystems gebracht zu werden.

Der Entwurf hat den Fehler vermieden, die Einzelhaft nur im Zucht-

Digitized by Google

hause für anwendbar zu erklären. Da er aber nichts vorschreibt, sondern nur gestattet, so giebt er keine Gewähr dafür, daß an jenen bisher vorhandenen Widersprüchen etwas geändert werde.

Aber es ist bis dahin nur eine Einzelheit besprochen worden. Noch in andern Beziehungen erweist es sich als nachtheilig, wenn bei der Berathung des Strafgesetzbuchs auf ein anerkanntes System der Strafverbüßung nicht Bezug genommen werden kann. So bei der Normirung der bedingten Entlassung (s. die Bem. zu §. 19), der Polizeiaufsicht u. s. w. Es wird uns nicht gelingen, ein jedes der strafrechtlichen Institute in seinen natürlichen Zusammenhang zu bringen und überall hier auf realen Boden zu kommen, so lange wir nicht mit der Reform des Strafvollzuges Ernst machen und uns auch hier eine feste gesetzliche Basis erringen, und so lange wir nicht den Abschnitt von den Strafen, sowie den gesammten speziellen Theil des Strafgesetzbuchs in beständigem Hinblick auf die dort legalisirten Grundsätze bearbeiten.

Als ein anderes Ergebniß aber aus dem Bisherigen möchte ich den Satz aufstellen, daß die Unterscheidung verschiedener Strafanstalten im Strafgesetze mit genauer Beziehung auf die Gesichtspunkte zu erfolgen habe, welche für die Gestaltung des Strafvollzugs verschiedenen Kategorien von Sträflingen gegenüber als maßgebend erscheinen. Vgl. die Bem. zu §. 11 bis 16, unter c.

Im Uebrigen liegt es mir fern, über diese Gestaltung hier eingehendere Vorschläge zu machen. Man hat des Materials und der Sachverständigen genug zur Hand, um, wenn man will, ein umfassendes Reformprogramm sofort zu Stande zu bringen.

Ueber die Art, wie man für die Verwirklichung eines solchen einen praktischen Ausgang gewinnen könne, sind u. A. von Freih. von Groß wiederholt beachtenswerthe Vorschläge gemacht worden (l. c. S. 474 etc.).

Zu §. 25.

Ueber die Ehrenfolgen der Delikte.

Sehr bedeutsam sind die Bestimmungen des Entwurfs über die Ehrenfolgen der Delikte. Sie gehören zu denjenigen, welche einen wesentlichen und lebhaft zu begrüßenden Fortschritt über das preußische Strafrecht hinaus enthalten. Möchte man dabei beharren, auch wenn es Proteste dagegen regnen sollte.

Die Beseitigung des Verlusts der bürgerlichen Ehrenrechte auf Lebenszeit und die Beschränkung der Suspension der bürgerlichen Ehrenrechte hinsichtlich ihrer Dauer und hinsichtlich der davon betroffenen Rechte wird wohl kaum einer ernstlichen Opposition (vgl. jedoch Meyer, Beurtheilung des Entwurfs . . . S. 23) begegnen.

Digitized by Google

Anders die Loslösung dieser Ehrenfolgen der Delikte aus der festen Verbindung mit dem Zuchthause, in welcher sie sich im geltenden Rechte finden.

Bereits haben sich achtbare Stimmen gegen diese Loslösung ausgesprochen, denen aller Wahrscheinlichkeit nach sich andere, muthmaßlich auch im Reichstage, anschließen werden. Und doch handelt es sich gerade hierbei um einen wesentlichen Schritt auf dem Wege zu einem rationellen Strafsysteme. Daher wird es wohl gerechtfertigt sein, hier für den Standpunkt des Entwurfs mit kurzen Ausführungen einzutreten.

Die feste Verknüpfung des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte mit gewissen Arten der Freiheitsstrafe (eine Verkoppelung zweier unter ganz verschiedenen Gesichtspunkten zu betrachtender Strafmittel) gehört demselben Standpunkte an, wie die oben charakterisirte Dreitheilung der Delikte, und findet daher dieselben Vertreter. Wie bei dieser eine Handlung eine bestimmte Freiheitsstrafe nach sich zieht, nicht weil sie ihrer individuellen Natur nach gerade auf diese hinweist, sondern weil sie diesseits oder jenseits der Linie liegt, welche zwischen „Verbrechen" und „Vergehen" künstlich hergestellt ist, so verknüpfen sich dort gewisse Ehrenfolgen mit der Handlung, nicht weil sie ihrem individuellen Gepräge nach auf eine gemeine Gesinnung hinweist, sondern weil sie (auf Grund ganz anderer Merkmale) mit der Zuchthausstrafe bedroht ist. Hier wie dort tritt zwischen den Charakter der Handlung und die rechtliche Folge — die Vergleichung erschwerend, den etwaigen Widerspruch zwischen jenem und dieser verdeckend — die Schablone.

Der ausgezeichnete Diebstahl ist ex. c. im preußischen Strafgesetz im Gegensatze zum nicht ausgezeichneten mit dem Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte nicht um deßwillen verbunden, weil er an sich infamirender wäre als der letztere (was durchaus nicht der Fall ist), sondern weil er mit Zuchthaus, der nicht ausgezeichnete dagegen nur mit Gefängniß bedroht ist; und er ist mit Zuchthaus bedroht, nicht deßhalb, weil der Strafvollzug in diesem irgend eine spezifische Beziehung hätte auf die in der Diebstahlsqualifikation zum Ausdruck kommende Gesinnung (was nicht der Fall ist), sondern weil der ausgezeichnete Diebstahl „Verbrechen" ist. Was aber ein „Verbrechen" im Gegensatze zu bloßen „Vergehen" sei, daß weiß das Volk nicht und wissen die Sträflinge nicht, deren Schicksal durch diese Begriffe bestimmt wird (von Valentini, l. c. S. 141 ff.). Die Strafe ist hier von der That durch zwiefache undurchsichtige Mittelglieder getrennt. Und zu welchem Endzwecke? Das ist nicht leicht zu sagen. Gewiß scheint nur, daß ein Enthusiasmus für die Schablone existirt,

Digitized by Google

der den Beweis ihrer Nützlichkeit oder Nothwendigkeit, so oft er auch gefordert werde, beharrlich überspringt.

Dieser Schablone gegenüber gilt es, der Natur der Sache zu ihrem Rechte zu verhelfen. Nicht weil jene uns zufällig aus Frankreich überkommen ist, sondern weil ihre Herrschaft eine niedere Stufe der Gesetzgebung charakterisirt.

Aber der Gegensatz, mit dem wir es hier zu thun haben, lässt sich vielleicht noch in andrer Weise präzisiren. Zu Gunsten jener festen Verknüpfung der Ehrenfolgen mit bestimmten anderweitigen Verbrechensfolgen und in specie mit dem Zuchthause wird vorzugsweise geltend gemacht, wie auch die Motive hervorheben, daß in der Meinung des Volkes die Ehrlosigkeit sich an die Strafanstalt knüpfe. Und in der That ist die Masse stets geneigt, sich in ihrem Urtheile und Verhalten statt nach der Ursache vielmehr nach der mehr oder minder zufälligen Folge zu richten, Jemanden mit Steinen zu bewerfen, nicht weil er gefehlt hat, sondern weil er verurtheilt wurde, nicht weil er Verbrecher, sondern weil er Sträfling ist, nicht weil er ein ehrloser Mensch ist, sondern weil er so heißt. Aber zu allen Zeiten hat sich der Standpunkt der Gebildeten im Gegensatze hiezu durch den Corneille'schen Satz charakterisirt: „Le crime fait la honte et non pas l'échafaud."

Welchen Standpunkt nun soll hier der Gesetzgeber einnehmen, den der Gebildeten oder den der Masse? Der österreichische Gesetzgeber des 18. Jahrhunderts war hier überall nicht im Zweifel. Die Meinung des Volkes, welche seit lange die Verhängung der Spezialuntersuchung als infamirend betrachtete, veranlaßte ihn nicht, dieselbe nun auch gesetzlich mit diesem Charakter zu bekleiden. Vielmehr stellte er ihr die richtige Meinung der Gebildeten mit Entschiedenheit entgegen. Und ebenso hielt er es bezüglich des Zuchthauses. Der Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts hielt es für weiser, jenen Kampf nicht aufzunehmen und auf diesem wenig erhellten Gebiete die „ewig Blinden" zu Führern anzunehmen.

Freilich behauptet man, daß es dem Gesetzgeber nicht gelingen werde, die vulgäre Meinung, indem er sich ihr entgegenstemmt, zu corrigiren.

Allein ein Anderes ist es, ein Faktisches, das sich nicht ändern läßt, eben deßhalb bestehen zu lassen, ein Anderes, es mit dem Schein einer höheren Berechtigung zu bekleiden; ein Anderes, das bestehende Vorurtheil im gesellschaftlichen Leben seine Wirkungen äußern zu lassen, ein Anderes es in Gesetzesparagraphen zu redigiren. —

Wir befinden uns hier inmitten einer Entwicklung, welche nicht Allen, die an ihrer Fortführung Theil haben, in ihren Ausgangs- und Zielpunkten vollkommen deutlich zu sein scheint. Es sind nicht viele Menschenalter

Digitized by Google

vorüber, daß man im Gebiete der Strafjustiz allen Nachdruck auf die plastischen Exempel legte, die man an den Verbrechern in möglichster Mannigfaltigkeit statuirte, auf die wohl besetzten Galgen, welche die Landstraßen zierten, auf das Schaugepränge der öffentlichen Hinrichtungen und auf das Volksvergnügen öffentlicher Beschimpfungen. Man befand sich durchaus im Einklange mit den Neigungen und Anschauungen einer uncivilisirten Menge. Der Standpunkt der staatlichen Gewalt ragte über den der „ewig Unmündigen" nicht um eines Gedankens Breite hinaus.

Wir haben uns im Laufe der Zeit von diesem Standpunkte weit genug entfernt. Ich unterlasse es, die Stationen des Wegs, den wir zurückgelegt haben, hier zu bezeichnen.

Auch heute freilich lenken wir die Aufmerksamkeit auf ein öffentliches Schauspiel, aber ein Schauspiel andrer Art wie ehemals. Nämlich auf die richterliche Verhandlung, auf die unter den Augen und unter Mitwirkung des Volks erfolgende Feststellung der Wahrheit und auf die in der Subsumtion unter das Gesetz gegebene öffentliche Charakterisirung der That. Hier soll das in seinen Ordnungen verletzte Volk seine Genugthuung finden: in der Gewißheit, daß diese Ordnungen sich behaupten, daß der sich gegen sie Auflehnende der Demüthigung nicht entgehe, daß er vergeblich seine Willkür an die Stelle des Rechts zu setzen versuche.

Der Strafvollzug zieht die Konsequenzen des richterlichen Urtheils und gewährleistet den Ernst jenes Schauspiels. Zugleich dient er edukatorischen Zwecken den Sträflingen gegenüber. Dagegen will er dem Volke weder wie ehemals ein in die Sinne fallendes Exempel, noch in dem Gezüchtigten, als einem wandelnden Denkmale geübter Rache, eine Augenweide bieten. Es soll der Verbrecher nicht mehr durch die Strafe den Leidenschaften und Vorurtheilen der Menge — wie es ehedem nicht bloß mit dem Gebrandmarkten geschah — als ihr öffentlich gezeichnetes Opfer überliefert werden. Vielmehr suchen wir denselben ihrer Macht und den demoralisirenden Wirkungen ihres Einflusses durch mancherlei Mittel und Wege zu entziehen. Die Gesellschaft soll fortan dem Bestraften als ein versöhnter Gegner, der bereit ist das Andenken der That in seinem Gedächtnisse auszulöschen, nicht als ein unversöhnlicher, ihm seine That beständig vorrückender und dem Aufbau eines geordneten Lebens mit allen Mitteln entgegenwirkender Feind erscheinen.

Nur im Bereich der Ehrenstrafen soll nach Vielen die Gestaltung des Strafvollzugs nach jenen Vorurtheilen sich richten, werden die Pflichten des Gesetzgebers noch aus den Neigungen der Menge gefolgert. Diesen entspricht es nicht, zu individualisiren, es ist bequemer für sie, sich an Schablonen zu halten, den „Verbrecher" und, noch besser, den „Zuchthäusler" als

Digitized by Google

infam traktiren zu können. Darin nun will man das Volk nicht irre gemacht haben. Man hält es für überaus wichtig, daß ihm seine Opfer nicht entzogen werden, und weil dies allerdings leicht geschieht, wenn wir die Straffolgen gleichsam zersplittern und insbesondere die Infamie aus dem populären Zusammenhange der äußeren Anstalt lösen, in welcher die sonst verwirkte Strafe verbüßt wird, so hält man ein derartiges Vorgehen für einen großen legislativen Mißgriff. Das aber ist eine Argumentation, wie sie in den Zusammenhang unserer heutigen Strafjustiz nicht paßt.

Ueberhaupt aber haben sich auf diesem Gebiete, wie in einem vergessenen Winkel, die Elemente erhalten, aus welchen sich die Apparate des „peinlichen" Rechts von Ehedem, und beziehungsweise die Anschauungen, die es beherrschten, zusammensetzten.

Der Entwurf aber bewegt sich mit seinen Reformvorschlägen unverkennbar auf der Linie der eben angedeuteten Entwicklung. Dahin gehört es, wenn er die Infamie von der Todes- und Zuchthausstrafe loslöst, wenn er den lebenslänglichen Verlust der Ehrenrechte über Bord wirft, die Dauer ihrer Suspension verkürzt ꝛc. Ob er freilich das hier aufzustellende Ziel erreiche, das ist eine andere Frage, worüber weiter unten.

Vielleicht aber sind es ganz außerhalb des Gedankenkreises, in welchem wir uns bis jetzt bewegten, liegende Rücksichten, welche Manche so eifrig für eine Verknüpfung der Ehrenfolgen mit bestimmten Strafanstalten — um hierauf noch für einen Moment zurückzukommen — eintreten lassen? Fordert etwa der Strafvollzug gegenüber von Sträflingen, denen die Ehrenrechte aberkannt sind, eine besondere Gestaltung?

Die meisten Vertreter jener Verbindung haben sich diese Frage, wie es scheint, gar nicht aufgeworfen. Nur v. Valentini sucht für diejenigen Gefängnißsträflinge, welchen die Ehrenrechte aberkannt sind, eine besondere Einrichtung des Strafvollzugs zu begründen (l. c. § 21). Allein das Progressivsystem, welches er für dieselben aufstellt und in Gefängnissen 2. Classe ausgeführt haben will, entspricht genau demjenigen, welches er in den „Zuchthäusern" (die bei ihm von den „Strafanstalten" unterschieden werden) für das Gewohnheitsverbrecherthum vorschlägt, und welches in dem Charakter dieses letzteren eine unbestreitbare Begründung findet (l. c. § 22). Nun ist aber das Gewohnheitsverbrecherthum keineswegs identisch mit dem Inbegriff derjenigen, deren Handlungen auf eine infame Gesinnung hinweisen. Und zwar ebensowenig im Bereich der „Verbrechen", wie in dem der „Vergehen". Der Mord z. B. gilt uns als infamirend. Aber der Mörder gehört deßhalb nicht zum Gewohnheitsverbrecherthum. Ein aus Haß gegen eine bestimmte Persönlichkeit ausgestreute Verleumdung weist bei dem Thä-

Digitized by Google

ter auf eine gemeine Gesinnung hin, aber zum Gewohnheitsverbrecher wird er dadurch nicht gestempelt.

Daraus aber folgt, daß eine Einrichtung, welche in den psychologischen Eigenthümlichkeiten des Gewohnheitsverbrecherthums ihre Begründung findet, für die Kategorie der Ehrlosen als solche keine spezifisch passende sein könne. Dies letztere ist bezüglich des Progressivsystems leicht einzusehen.

Von Valentini behauptet allerdings daß das Gewohnheitsverbrecherthum sich aus der Kategorie der Ehrlosen rekrutire, also daß der Keim zu jenem in diesen vorliege. Und es scheint seine Meinung, daß die Entwicklung dieses Keimes durch dieselben Einrichtungen zu hindern sei, durch welche wir den entwickelten zu unterdrücken suchen. Allein wenn dem so wäre, so würden auch in die „Zuchthäuser" v. Valentini's die sämmtlichen Ehrlosen (ich denke hier natürlich an die infamia facti, nicht an die mit der Psychologie in keinem Zusammenhange stehende Infamie des preußischen Strafrechts) aufzunehmen sein, was doch v. Valentini's Intentionen keineswegs entsprechen würde. Aber der hier vorausgesetzte Zusammenhang zwischen der Infamie und dem Gewohnheitsverbrecherthum besteht nicht. Ich berufe mich dafür auf die vortrefflichen psychologischen Ausführungen v. Valentini's selbst. Aus ihnen geht zur Genüge hervor, daß die Kennzeichen für das Vorhandensein einer Disposition zum habituellen Verbrecherthum in anderen Umständen zu suchen seien, als in dem ehrlosen Motiv einer bestimmten That.

Mit alledem will nicht gesagt sein, daß die Individualisirung im Strafvollzuge bei der Unterscheidung des wirklichen und werdenden habituellen Verbrecherthums von dem Gelegenheitsverbrecherthume stehen bleiben solle, daß sie nicht zu einer Berücksichtigung der durch das ehrlose oder nicht ehrlose Motiv des Verbrechens charakterisirten Gesinnung des Sträflings fortschreiten dürfe. Nur darf die letztere, um von den oben besprochenen Gründen ihrer Einschränkung hier abzusehen, nicht die Geltendmachung der auf diesem Gebiete in erster Linie maßgebenden Gesichtspunkte durchkreuzen. Dies würde aber durch eine Verbindung der Ehrenfolgen mit dem Zuchthause, sowohl in der Art, wie sie das preußische Strafgesetzbuch enthält, wie in der Art, wie sie Berner und Meyer vorschlagen, geschehen.

Eine andere Bedeutung als die Verknüpfung der Infamie mit gewissen anderweitigen Strafmitteln hat die Verknüpfung derselben mit bestimmten ihrer allgemeinen Natur nach als infamirend geltenden Verbrechensarten. So entschieden in Betreff der Auflösung jener ersteren Verbindung auf die Seite des Entwurfs zu treten ist, so zweifelhaft kann man sein in Betreff der Auflösung der zuletzt genannten Verbindung.

Der Gesetzgeber will in seinen Bestimmungen über bestimmte Ver-

Digitized by Google

brechensarten das rechtlich-sittliche Urtheil seines Volkes über dieselben zum Ausdruck bringen und zugleich die Garantie dafür geben, daß es im richterlichen Urtheile zum Ausdruck gebracht werde. Dies gilt auch in Betreff der bei zahlreichen Delikten von Rechtswegen eintretenden Ehrenfolgen. So lange daher die Strafjustiz an diesen festhält, wird es richtig sein, den Maaßstab für ihre Verhängung im Gesetze selber mit thunlichster Bestimmtheit hinzustellen, nicht es dem Richter zu überlassen, nach souveränem Ermessen eine Handlung als infamirend oder als nicht infamirend zu behandeln. Es werden daher diejenigen Verbrechensarten, welche ihrem allgemeinen Charakter nach auf eine verächtliche Gesinnung hinweisen, wie Diebstahl, Betrug u. a. im Zusammenhange der besonderen Vorschriften für dieselben mit den Ehrenstrafen zu bedrohen sein. Da aber auch derartige Delikte unter Umständen begangen werden können, welche ausnahmsweise den Schluß aus der That auf eine verächtliche Gesinnung ausschließen, so würde der Richter im allgemeinen Theile des Gesetzes, im Zusammenhange mit der Normirung des Milderungsrechtes, zu ermächtigen sein, von der Verhängung der Ehrenstrafen in den bezeichneten Fällen Umgang zu nehmen. Bei richtiger Behandlung der besonderen Verbrechensbegriffe würden sich derartige Fälle nur selten finden, so daß den Forderungen individualisirender Gerechtigkeit mit jener allgemeinen Ermächtigung genugsam Rechnung getragen wäre.

Der Entwurf schlägt hier (darin den John'schen Vorschlägen folgend) einen andern Weg ein. Er droht den Verlust der bürgerlichen Ehre überall nur fakultativ. Dies aber in einem sehr weiten Umfange. Einerseits nämlich für alle nicht mit Einschließung bedrohte „Verbrechen", andererseits für gewisse „Vergehen", bezüglich deren es im speziellen Theile besonders bestimmt ist. Darin haben wir ein Zuwenig und ein Zuviel, ein Verfehlen des Richtigen nach zwei Seiten hin. Erstlich nämlich ist damit den oben erwähnten schimpflichen Verbrechensarten gegenüber die dem Gesetzgeber zukommende Position, und zwar ohne jeden Grund, aufgegeben. Man fasse ex. c. den Fall des § 313 (Bestechung zum Zwecke der Herbeiführung einer Verletzung der Amtspflicht) in's Auge. Da haben wir ein Delikt von sehr bestimmtem rechtlich-sittlichem Gepräge. Es ist kein Grund vorhanden, weßhalb der Gesetzgeber mit seinem Urtheile über diese Art von Handlungen hinter dem Berge halten sollte. Der Entwurf verlangt dies, indem er nur fakultative Androhung der Ehrenstrafen vorschlägt, also hier einfach Alles dem Richter in's Gewissen geschoben haben will. Nun können freilich auch hier singuläre Fälle vorkommen, bezüglich welcher eine Hilfe gegeben sein muß. Aber dies hindert doch nicht, daß der Gesetzgeber seine Meinung über den Genuscharakter solcher Handlungen ausspreche und damit dem Richter

Digitized by Google

einen festen Ausgangspunkt für seine Beurtheilung des einzelnen Faktums biete, statt ihn mit einem bloßen „Können“ in die Irre zu schicken!

Zweitens aber bedroht der Entwurf eine Reihe von Verbrechensarten (fakultativ) mit Ehrenstrafen, bezüglich deren dies nicht begründet ist. Es gehören durchaus nicht alle „Verbrechen“ zu den spezifisch infamirenden Delikten, vielmehr hat diese Kategorie an sich zur Ehrenfrage lediglich keine Beziehung. Zwar können alle „Verbrechen“ ebenso wie alle „Vergehen“ und Uebertretungen möglicherweise aus ehrlosen Motiven begangen werden. Aber darum handelt es sich bei dieser ganzen Frage nicht, weil wir nicht Motive bestrafen, sondern Handlungen, und diese nach Maßgabe ihrer allgemeinen Bedeutung. Man hat dies den letzteren Kategorien gegenüber anerkannt und bei ihnen jene allgemeine Möglichkeit ignorirt, nicht aber bei den „Verbrechen“, bez. den mit Zuchthaus bedrohten Delikten. Ein Grund für dieses verschiedene Verfahren existirt nicht.

Zu den §§ 27 und 28.

Ueber die einzelnen Ehrenstrafen.

In den auf die Ehrenstrafen bezüglichen §§ handelt es sich, wie in manchen andern auch, um die Fixirung einer in raschem Flusse befindlichen Lehre, eine Fixirung, welche Willkürlichkeiten nicht leicht vermeiden und kaum mehr als ein neues Provisorium herstellen kann. Bei solcher Sachlage befindet sich die begutachtende Doktrin allemal in einer mißlichen Lage. Sie strebt überall nach definitiven und erschöpfenden Lösungen, während die Praxis sich vielfach, wie im gegebenen Falle, in begreiflicher Scheu vor radikalen Entscheidungen, mit Kompromissen durchzuhelfen sucht. Einen Kompromiß zwischen einander innerlich widerstreitenden Gesichtspunkten enthalten nämlich die neuesten Gesetze und Entwürfe in Beziehung auf die Ehrenstrafen unverkennbar. Auch wird es für's Nächste vergeblich sein, dagegen anzukämpfen. Nur zur Ergänzung des früher Gesagten, und um in Betreff dieser wichtigen Fragen wenigstens vollständig Position zu nehmen, mag hier einigen allgemeineren Bemerkungen Raum gegeben sein.

Man hat nicht genugsam, wie ich glaube, die Verschiedenheit, welche unter den Ehrenstrafen besteht, in Erwägung gezogen. Man kann dieselben nämlich nach den Gesichtspunkten, welche für ihre Verknüpfung mit bestimmten Handlungen als maaßgebend erscheinen, in zwei Gruppen theilen, nämlich in:

1) Ehrenfolgen der Delikte, für deren Eintritt nicht spezifisch strafrechtliche, sondern sonstige öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte entscheidend sind, bei welchen es sich nicht um Neutralisirung des Verbrechens, nicht um Sühne, Genugthuung oder Besserung handelt, sondern um die Rechte, welche den Gegenstand der Strafe bilden, um die Wahrung ihrer Bedeutung im Gemeindeleben. Hierher gehört der Verlust der öffentlichen Aem-

Digitized by Google

ter. Prävalirend ist bei seiner Anordnung ohne Zweifel die Rücksicht auf das Amt. Die Würde desselben ist in Frage, wenn sein Träger ein Gegenstand öffentlicher Verachtung geworden ist, mag er sich dieselbe durch öffentlich konstatirte Verbrechen oder in anderer Weise zugezogen haben, und der Aufrechterhaltung dieser Würde gilt seine Entfernung vom Amte. Man mag dieselbe immerhin unter den Begriff der Strafe subsumiren, wenn man eben unter denselben alle Uebel ziehen will, welche für den Verbrecher aus dem Verbrechen von Rechtswegen hervorgehen. Aber das ist der Sinn nicht, der sonst in Wissenschaft und Praxis mit dem Worte „Strafe" verbunden zu werden pflegt. Denn unter jene Uebel gehört auch die privatrechtliche Entschädigungspflicht, die man nicht als Strafe zu bezeichnen pflegt, und von der Niemand glaubt, daß sie im Strafgesetze zu normiren sei. Auch tritt die Strafe (das Wort im technischen Sinne genommen) nicht ein um des Strafmittels — des Gutes, welches den Gegenstand der Strafe bildet — willen. Dies ist aber bei jener sg. Ehrenstrafe unläugbar der Fall. — Hierher gehört ferner der Verlust des Rechts, Mitglied bei gewissen Korporationen zu sein, der Verlust des Rechts zum Geschwornendienste, Waffendienste ꝛc. Die Strafjustiz könnte auskommen ohne das in solchem Verluste liegende Strafübel. Aber das öffentliche Interesse an der Aufrechthaltung des Ansehens dieser Functionen und Rechte scheint denselben zu fordern. — Auch die im Entwurfe ausgesprochene lebenslängliche Eidesunfähigkeit des Meineidigen gehört hierher. Auch sie sucht ihre Begründung in der Bedeutung des abgesprochenen Rechts. Nicht um das dem Meineid entsprechende Strafmittel oder Strafmaß handelt es sich dabei, sondern um Bedürfnisse des Prozesses. Freilich ergiebt eine schärfere Prüfung gerade von diesem Gesichtspunkte aus, daß die fragliche Ehrenstrafe in Wahrheit nicht zu begründen sei, wie dies von John in seinem Entwurfe näher dargelegt worden ist. In den Motiven zu dem Regierungsentwurfe findet sich keine Widerlegung dieser Ausführung. Im Wesentlichen gilt das Gesagte auch in Betreff der im § 27 n. 4 aufgeführten Ehrenstrafe.

Wenn die in Frage stehenden Rechte als „Ehrenrechte" bezeichnet werden, so ist dies irreleitend. Dieselben werden nicht verliehen, um zu ehren, sondern weil es im Gesammtinteresse gefordert ist, daß die betreffenden Funktionen verwaltet werden. Diese Verwaltung aber fällt primär unter den Gesichtspunkt der Pflicht, nicht den des Rechts. Deßhalb hat auch die Entziehung derselben nicht den Charakter einer eigentlichen Strafe. Sie erfolgt vielmehr, weil eine der Voraussetzungen hinfällig geworden ist, unter welchen die Gesammtheit von betreffenden Diensten Gebrauch machen kann. Daher ist die Stellung des Richters hier eine andere wie sonst. Um die Ausgleichung von Schuld und Strafe handelt es sich hier nicht, sondern um das Verhältniß ge-

Digitized by Google

wisser Arten des Handelns zu bestimmten öffentlichen Funktionen und den Bedingungen ihrer ersprießlichen Verwaltung. Auf jene Ausgleichung von Schuld und Strafe aber bezieht sich der weite Spielraum, den wir heute im Allgemeinen dem richterlichen Ermessen einräumen. Daher in Betreff der in Frage stehenden Ehrenstrafen die Einräumung eines solchen Spielraums nicht begründet ist. Grade hier aber wollen Andere die Schranken des richterlichen Ermessens völlig beseitigt haben. Und der Entwurf macht dieser Auffassung wenigstens eine gewisse Konzession, indem er den Verlust jener angeblichen Ehrenrechte in weitem Umfange bloß fakultativ androht. (S. hierüber die Bemerkung zu § 25.) — Daß die Bedingungen für den Eintritt dieser Verbrechensfolgen richtiger in denjenigen Rechtstheilen festgestellt würden, in welchen im Uebrigen Erwerb und Verlust betreffender Rechte normirt sind (ohne daß sich gegen eine Bezugnahme darauf im Strafgesetze Etwas einwenden ließe), ergiebt sich aus dem Gesagten von selbst.

2) Ehrenstrafen, für deren Verhängung spezifisch strafrechtliche Rücksichten entscheidend sind, Strafen im eigentlichen Sinne, welche den infamirenden Charakter der That zum Ausdruck bringen sollen. Diese Kategorie war ehemals eine außerordentlich inhaltreiche. Aber die Entwicklung, auf welche oben hingewiesen worden ist, hat sie mehr und mehr entleert und läßt die Fortexistenz auch des Restes als eine problematische erscheinen. Es gehören hierher sämmtliche eigentlich beschimpfende Strafen, die sich mit dem Geiste unseres modernen Strafrechts anerkanntermaßen nicht vertragen. Ferner die rein symbolischen Ehrenstrafen. Dieselben haben gleich manchem anderen juridischen Symbol ihre Bedeutung eingebüßt. Letzteres gilt auch bezüglich des in diese Kategorie zu ziehenden Verlusts des Rechts, die Landeskokarde zu tragen (Entw. § 27, 1). Vgl. John, Entw. S. 127. Dann eine Summe anderer, den symbolischen verwandter, Ehrenstrafen, die sich vielleicht als demonstrative bezeichnen lassen. Dahin ist u. A. zu ziehen der Verlust des Rechts, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen zu erlangen (§. 27, 2). Das Interesse an der Erhaltung der Dignität betreffender Würden fordert diese Ehrenstrafen nicht, da ja eine Nothwendigkeit auch ohne die letzteren nicht bestehen würde, grade eines ehrlosen Verbrechens Ueberwiesene mit diesen Würden zu bekleiden. Auch diese Klasse von Ehrenstrafen nun (soweit sich ihre Dauer über die der Freiheitsstrafen hinaus erstreckt) ruht auf keinem sicheren Fundamente mehr. Es ist unschwer zu erkennen, daß ihre Beibehaltung in innerem Widerspruche mit dem neuerdings angenommenen System der Strafverbüßung stehe, eine Art von Mißtrauensvotum in Bezug auf die Bedeutung des letzteren in sich schließe. Die erste Voraussetzung nämlich, auf welche sie hinweisen, ist, daß die Verbüßung der Freiheitsstrafe die ehrlose Gesinnung des Sträflings bestehen lasse, also nach dieser Seite hin ihre Aufgabe

Digitized by Google

unerledigt lasse. Eine andere Voraussetzung derselben ist, daß es nothwendig sei, der fortbestehenden ehrlosen Gesinnung einen rechtlichen Ausdruck zu geben. Diese Nothwendigkeit aber führt auf eine Erstreckung der Ehrenstrafen bis zum Beweis eines vollzogenen Gesinnungswechsels, beziehungsw. zur Lebenslänglichkeit derselben. Indem wir diese mit dem Entwurfe aufgeben, verlieren wir m. E. eine auf die Dauer haltbare Position. Je mehr dies aber hervortreten wird, um so entschiedener werden sich die mit den einzelnen Ehrenstrafen noch insbesondere sich verknüpfenden Inkonvenienzen, nicht gewollte und an sich bedenkliche Folgen derselben, wie sie z. B. bezüglich des Adelsverlusts leicht zu erweisen sind, (vergl. z. B. Held, Bem. zum Entw. S. 27), sich geltend machen.

In Bezug auf einige der im Entwurfe beibehaltenen Ehrenstrafen endlich möchte es nützlich sein, sich darüber Rechenschaft zu geben, von welchem der erwähnten Gesichtspunkte aus man sie festhalten zu müssen glaubt. So insbesondere in Betreff des Verlusts der Ruhegehalte. Handelt es sich dabei um die Bedeutung des Rechts, welches man aberkannt haben will, oder um eine der Schuld entsprechende Strafe? Vielleicht würde man zu dem Resultate kommen, daß weder das Eine noch das Andere zutreffe, ohne daß man im Stande sein möchte, ein Drittes zu begründen.

In Betreff des § 29 kann auf Berner (Kritik S. 15) Bezug genommen werden.

Zu § 31. Ueber die Einziehung.

Die Fassung des ersten Absatzes des § 31 paßt nicht in ein auch auf Laien berechnetes Strafgesetz. Auch dürfte dieser Absatz mit Rücksicht auf Art. IV. des Einführungsgesetzes als überflüssig erscheinen.

Die Bestimmung im 2. Absatze greift viel zu weit. Es ist zu wundern, daß man sich durch die Schwierigkeiten, welche die entsprechende Bestimmung des preuß. Strafgesetzes der Praxis bereitet und dieselbe zu einer ziemlich bedenklichen Interpretation genöthigt hat, nicht zu einer vorsichtigeren Fassung des § veranlaßt sah. Die Produkte des Verbrechens sind einer Konfiskation füglich nur zu unterwerfen, wenn das letztere auf ihre Hervorbringung gerichtet war. Der Umstand ferner, daß eine Sache bei der Ausführung eines Verbrechens benutzt wurde (z. B. der Park Jemandes zu verbotenen Vereinigungen) rechtfertigt an sich die Einziehung derselben nicht. Die eine solche Rechtfertigung enthaltenden Umstände aber sind im Entwurfe mit Stillschweigen übergangen und damit als entscheidende verneint. Wenn die Motive behaupten, daß das Boot, auf welchem unberechtigt geangelt wurde, unter die fragliche Bestimmung nicht falle, so steht dies im Widerspruch mit dem Wortlaut derselben. Ob freilich die Praxis es darunter

Digitized by Google

subsumiren werde, das ist eine andere Frage. Dieselbe entschließt sich überall nicht leicht, den Gesetzgeber ad absurdum zu führen, wozu die fragliche Vorschrift in der That manche Gelegenheit geben würde. Aber wenn uns diese Erwägung beruhigt, dann ist es gleichviel, wie wir die Gesetze redigiren. — Die ganze Bestimmung würde richtiger im allgemeinen Theile gestrichen werden. Es würde genügen, wenn die Konfiskation bei den wenigen Verbrechensarten, bei welchen sie eine Berechtigung hat, mit Bezug auf die Gegenstände, denen gegenüber dies der Fall ist, speziell angeordnet würde. Vgl. Glasers Bemerk. zum Zürcher Entwurf S. 20. Eventuell würde dem Vorschlage Meyer's (Norddeutsches Strafrecht, S. 24, 25) beizutreten sein, das „sollen" in dem 2. Absatze des Entwurfs in ein „können" zu verwandeln. Wir würden dann den Richter wenigstens nicht in die Zwangslage versetzen, sich den Weg zu einer vernünftigen Handhabung des Konfiskationsrechts durch eine gewaltsame Auslegung des Gesetzes zu bahnen.

Zu §. 19. flg. und §. 33. flg.

Ueber bedingte Freilassung und Polizeiaufsicht.

Die Bestimmungen über Polizeiaufsicht sollten in einen gewissen Zusammenhang mit dem Beurlaubungssysteme gebracht werden. —

Wenn der bedingt Entlassene während der Zeit seines Urlaubs keinen Anlaß zum Widerrufe gegeben und damit die Probe für die Befähigung zu einer gesetzmäßigen Lebensführung bestanden hat, die wir ihm auferlegen, dann ist es schwerlich angemessen, ihn weitere Jahre der Polizeiaufsicht und damit wieder einer strengeren Beschränkung seiner Freiheit zu unterwerfen. In dieser Folge wäre keine Logik. Das hieße, dem progressistischen Strafvollzuge einen verunstaltenden Zopf anhängen. — Die Kommission hat sich im Uebrigen bemüht, Garantieen gegen eine unnütze Anwendung des bedenklichen Präventivmittels der polizeilichen Beaufsichtigung zu geben. Sie sucht solche insbesondere darin, daß der Richter nur über die Zulässigkeit derselben, über ihren wirklichen Eintritt dagegen die Landesbehörde nach verbüßter Freiheitsstrafe entscheiden soll. Nun ist es gewiß richtig, hier als die eigentlich entscheidende Instanz diejenige gelten zu lassen, welche das Verhalten des Sträflings während der Strafzeit ihrer Entscheidung zu Grunde legen kann. Auf der andern Seite läßt sich aber nicht leugnen, daß die Uebertragung der fraglichen Gewalt an die Verwaltungsstelle ihr Bedenkliches habe, und daß mit derselben daher nicht weiter zu gehen sei, als ein evidentes Bedürfniß es fordert. Der oben bezeichneten Kategorie von Fällen gegenüber liegt nun ein solches Bedürfniß entschieden nicht vor. Die Frage welche die Polizeibehörde beantworten soll, hat hier bereits eine greifbare Erledigung gefunden. Es möchte sich deshalb empfehlen, dem 2. Abschnitt des §. 33. die Worte anzuhängen: Diese Befugniß entfällt jedoch,

Digitized by Google

wenn der Sträfling in Folge vorläufiger Entlaſſung den Reſt ſeiner Strafzeit in der Freiheit verbracht hat.

Zu den Beſtimmungen über die vorläufige Entlaſſung mag noch bemerkt werden, daß ſich ihre Ausdehnung auf die lebenslängliche Freiheitsſtrafe, wie ſie ſich im Zürcher Entwurfe (§. 28. a) findet, empfehlen dürfte.

Was ferner den 2. Abſchnitt des §. 20. betrifft, ſo wird man ſich wohl bei näherer Prüfung von deſſen Aenderungsbedürftigkeit überzeugen. Die im Urlaub verbrachte Zeit darf bei der Wiedereinziehung nicht einfach ignorirt werden, weil ſie nicht als etwas außerhalb der Strafe liegendes, ſondern als ein Beſtandtheil derſelben zu betrachten iſt.

Ueber das richterliche Milderungsrecht und die lebenslängliche Zuchthausſtrafe.

Die Kritik findet ſich dem vorliegenden Entwurfe gegenüber in einer zweifelhaften Lage. Müſſen wir es heute für wichtiger anſehen, daß auf dem Gebiete gemeinſamen Rechts überhaupt Etwas und raſch geſchaffen werde, als daß ein durch ſeine Vortrefflichkeit hervorragendes und hierdurch für die Zukunft unſeres Rechtslebens bedeutſames Werk zu Stande komme, dann wird es ihre Aufgabe ſein, ſich zu reſigniren und höchſtens an Wortſtellungen mäkelnd, ſich durch die Harmloſigkeit ihrer Beiträge den Zulaß in die Bauhütte zu verdienen ſuchen. Liegt es anders, ſo wird es gelten, die Aufmerkſamkeit immer wieder auf den Grundriß der Arbeit, auf die Erledigung der fundamentalen Fragen zu lenken, da von dieſer die Bedeutung des Werks in dem letzteren Sinne abhängt. Die Entſcheidung mag ſchwierig ſein. Wünſchenswerth aber iſt es auf alle Fälle, daß hier ein Werk aus einem Guß entſtehe, in welchem für den Aufbau gemeinſamen deutſchen Rechts ein Eckſtein und ein Bürge ſeiner Feſtigkeit und Dauerbarkeit gewonnen ſei. Der Entwurf aber iſt, trotz der vortrefflichen Intentionen, die er zum Ausdruck bringt, ein Werk ſolcher Art m. E. nicht. Es iſt bereits wiederholt auf Beſtandtheile hingewieſen worden, welche, außer allem inneren Zuſammenhange mit dieſen Intentionen ſtehend, keine andre Legitimation für ſich erbringen können, als daß man den Entſchluß nicht fand, ſich von ihnen zu befreien. Wir werden weiterhin im Syſtem der mildernden Umſtände Flickwerk kennen lernen, mit deſſen Beibehaltung auf eine in ſich übereinſtimmende Behandlung des Strafmaaßes verzichtet ſcheint. Neben im Ganzen wohlthuender, in einzelnen Fällen (ſo z. B. in Betreff der nicht qualifizirten gewinnſüchtigen Eigenthumsverbrechen) über das Maaß hinausgehender Milde tritt hier und dort eine auffallende Härte hervor, und während man im Allgemeinen die ungeläuterte Abſchreckungstendenz der älteren Geſetzgebung glücklich überwunden hat, macht dieſelbe ſich in einer Anzahl von Beſtimmungen völlig unvermittelt geltend.

Digitized by Google

In der fraglichen Abschreckungstendenz allein nämlich finden die ehemals normalen absoluten Strafdrohungen ihre Erklärung. Der Entwurf aber droht in 2 Fällen Todesstrafe, in 19 lebenslängliches Zuchthaus absolut. Daß die betreffenden Verbrechensarten immer die gleiche Schuldgröße repräsentirten, daran ist natürlich nicht zu denken. Ebensowenig daran, daß Todes- oder lebenslängliche Freiheitsstrafe gerade auf die mindestschweren der zu diesen Arten gehörigen Fälle berechnet wären, oder daß bei ihnen wesentliche Milderungsgründe nicht vorkommen könnten. Die Behauptung, daß bei Mord, Hochverrath, Bundesverrath, Todtschlag an Ascendenten ꝛc. kein Zusammentreffen von Umständen die Schuld beträchtlich reduciren könne, würde ebenso thöricht sein, wie die damit verwandte, daß bei diesen Verbrechensarten die Schuld nie ausgeschlossen sein könne. Auch läßt sich nicht behaupten, daß bei ihnen zwischen den Milderungs- und Ausschließungsgründen der Schuld eine ganz besonders breite Kluft existire, welche dem Sprunge von lebenslänglichem Zuchthaus oder gar von der Todesstrafe auf gänzliche Freisprechung entspräche. Die Minderungs-, Milderungs- und Ausschließungsgründe bilden vielmehr bei ihnen in der nämlichen Weise wie bei allen übrigen Verbrechensarten eine Kette, in welcher sich Glied an Glied in ununterbrochener Folge anschließt. Weßhalb nun aber gerade bei den schwersten Verbrechensarten diesen unleugbaren Wahrheiten bei der Normirung der Strafe nicht Rechnung getragen werden soll, weshalb nur die Vollbringer kleiner Uebelthaten auf eine der konkreten Schuld sich anpassende Bestrafung Anspruch haben sollen, das ist nur von Einem Standpunkte aus, nämlich dem der erwähnten Abschreckungstendenz aus, zu begreifen. Der Entwurf freilich verleugnet hier diese Wahrheiten nicht durchaus. Vielmehr anerkennt er auch in Bezug auf die fraglichen Verbrechensarten und den für sie aufgestellten absoluten Strafsätzen gegenüber den Milderungsgrund der geminderten Zurechnungsfähigkeit. Aber gerade gegen diesen Milderungsgrund richten sich heftige Angriffe, so daß es zweifelhaft erscheint, ob man der materiellen Gerechtigkeit hier nicht auch diesen Weg der Verwirklichung verschließen werde. Davon abgesehen ist mit der Eröffnung desselben nicht genug geschehen."

„Die mannichfaltigen die Schuld modifizirenden Umstände, für deren Berücksichtigung man sonst in den relativ bestimmten Strafdrohungen Raum läßt, finden sich bei Mord, Hochverrath u. s. f. in nicht geringerer Fülle wie sonst und fordern hier nicht in geringerem, vielmehr, da höhere Güter in Frage stehen, in erhöhtem Maaße Beachtung.

Allerdings liegt hier eine Schwierigkeit in der Natur der Strafmittel und ihrem Verhältniß zu einander. Die kontinuirlich auffsteigende Skala der Strafen bricht mit dem Maximum der zeitlichen Zuchthausstrafe ab.

Digitized by Google

Zwischen ihm und der lebenslänglichen Zuchthausstrafe dehnt sich eine breite und nicht genau zu schätzende Kluft. Ebenso zwischen der letzteren und der Todesstrafe. Für diejenigen Schuldgrößen, welche in der Mitte liegen zwischen denjenigen, welchen das Maximum der zeitlichen Freiheitsstrafe, und denjenigen, welchen die lebenslängliche Freiheitsstrafe, beziehungsweise zwischen denjenigen, welchen die letztere und denjenigen, welchen die Todesstrafe zu entsprechen scheint, sind hienach die geeigneten Strafsätze nicht zu finden. Daraus hat John ein Argument zu Gunsten der absoluten Drohung jener schwersten Strafen abgeleitet. Allein der Umstand, daß jene Mittelfälle nicht zu ihrem Rechte kommen können, enthält doch im Ernste keinen Grund dafür, nun auch die geringeren Schuldgrößen, diejenigen, welche zwischen den mit 15 Jahren Zuchthaus bedrohten und der völligen Schuldlosigkeit in der Mitte liegen, über das gleiche Prokrustesbett zu spannen. Vielmehr hieße dies: weil die Gerechtigkeit nicht vollkommen sein kann, die Ungerechtigkeit zum Prinzipe machen wollen. Selbst in Betreff jener Mittelfälle ist die Androhung der schwersten Strafe (die ja vorausgesetzter Maaßen ihnen nicht entspricht) mit Nichten begründet. Vielmehr würde, wo die Wahl gegeben ist zwischen zu harter und zu gelinder Bestrafung, nach den Grundregeln des Strafrechts zu letzterer zu schreiten sein. —

Die Gründe, welche die neuere Gesetzgebung veranlassen, die relativbestimmten Strafdrohungen zur Regel zu machen, und auch ihnen gegenüber noch ein richterliches Milderungsrecht anzuerkennen, sind, richtig verstanden, durchaus universeller und ausschließender Natur. Denn die Verbrechensarten und Unterarten erscheinen als abgeschlossene Individualitäten nur nach gewissen Seiten hin; meist nur hinsichtlich der Gestalt des Erfolgs, bisweilen auch hinsichtlich des verbrecherischen Mittels ꝛc. Nach anderen Seiten hin, insbesondere im Bereiche des inneren Thatbestandes, zeigt ihr Begriff dagegen keine Bestimmtheit. Dies gilt selbst in Betreff des Mords, wiewohl denselben gerade in subjectiver Hinsicht eine seltene, aber immerhin nur relative, Bestimmtheit auszeichnet. Auch er repräsentirt daher keine allseitig geschlossene Figur, zeigt vielmehr gleich allen übrigen Verbrechensarten, gegenüber von jenen allgemeinen Beziehungen und Momenten, auf welche wir vor Allem die Aufmerksamkeit des Richters zu lenken haben, nur die Individualität der Welle. Woraus sich ergibt, daß die Voraussetzungen der absoluten Strafdrohungen, da eine bestimmte Strafgröße eine bestimmte Schuldgröße voraussetzt, bei keiner Verbrechensart vorliegen.

Uebrigens verdient, wie ich glaube, nicht bloß die Beibehaltung der absoluten Strafdrohungen überhaupt Tadel, sondern noch speziell die Art und Weise dieser Beibehaltung im Entwurfe. In den meisten Fällen nämlich ist die lebenslängliche Freiheitsentziehung an den Tod des Verletzten, wenn

Digitized by Google

derselbe als eine Folge des Verbrechens eintritt, als an ihren Grund geknüpft (§§. 153; 154; 188; 192; 202; 229,2; 285; 87; 90; 291; 295; 303; 304; 306). Hiebei ist meist weder ausdrücklich noch stillschweigend, weder direkt noch indirekt darauf hingewiesen, daß der eingetretene Tod dem Verbrecher zurechenbar sein müsse! Es scheint hier also der Zufall als der eigentlich entscheidende Faktor hingestellt zu sein, der die verschiedensten Schuldgrößen zu dem gemeinsamen Loose, mit jener furchtbaren Strafe verknüpft zu werden, zu vereinigen hat. — Aber auch abgesehen hiervon, findet sich diese Strafe mehrfach an Umstände geknüpft, welche eine Begründung für dieselbe in Wahrheit nicht enthalten. So z. B. beim Todtschlage an die Verwandtenqualität des Verletzten. Vergl. hierüber die richtigen Bemerkungen Held's (Bem. S. 22).

Ueber das System der mildernden Umstände.

Man hat das System der mildernden Umstände in der Art, wie es der (hier durch ein Mißverständniß vermittelte) Einfluß des französischen Vorbildes seinerzeit in Preußen aufnehmen ließ, im Entwurf festgehalten, unbekümmert um die Gründe, die von verschiedener Seite (zuletzt von John in seinem Entwurf) gegen dasselbe in's Feld geführt worden sind. Um so weniger wird man geneigt sein, einer nachträglichen Polemik gegen dasselbe Beachtung zu schenken. Es bleibt daher nur übrig, eine Verwahrung einzulegen zu Gunsten einer in andrer Zeit anzustrebenden rationelleren Lösung der hiebei in Frage stehenden Probleme: einer richtigen Normirung der Strafzumessung und einer sachgemäßen Betheiligung des Laienelements bei der letzteren.

Die erstere würde vor Allem voraussetzen, daß man nicht Begriffe gleich dem der „mildernden Umstände" eine entscheidende Rolle in Bezug auf das Strafmaaß spielen lasse, ohne sich eine deutliche Rechenschaft über ihren Inhalt zu geben. Milderungs- und Minderungsgründe stehen zunächst im Gegensatze zu Schärfungs- und Erhöhungsgründen. Mit diesen gemeinsam ferner im Gegensatze zu denjenigen Umständen, deren Einfluß durch sie modifizirt werden soll. Wie diese Umstände sich charakterisiren, ob sie etwa in den konstitutiven Merkmalen der verschiedenen Verbrechensarten gegeben seien, das fragen wir vergeblich. Es ist aber klar, daß wir mit dem Begriff der mildernden Umstände im Finstern bleiben, so lange ihr Gegensatz als ein unaufgelöstes X erscheint.

Wie es sich nun aber damit auch verhalten möge, jedenfalls soll das Vorliegen mildernder Umstände einen Fall bezeichnen, der im Vergleich zu dem vom Gesetzgeber bei dem ordentlichen Strafmaaße vorausgesetzten als ein leichterer erscheint. Es handelt sich dabei um eine Vergleichung zweier Schuldgrößen, von welchen die eine aus den gesetzlichen Bestimmungen, ins-

Digitized by Google

besondere den das Strafmaaß betreffenden, zu erschließen ist (vergl. die Motive, S. 113 verb. „hierdurch sollte . . .“).

Diese Vergleichung nun überträgt man dem dafür durchaus nicht ausgerüsteten Laien, indem man ihm zugleich untersagt, bei seinem Urtheile die Strafdrohung in's Auge zu fassen. Man gibt demselben also eine Vergleichung auf und schließt ihm zugleich einem der zu vergleichenden Faktoren gegenüber die Augen. Siehe da im Gebiete der Strafjustiz ein auf's Schönste arrangirtes — Blindekußspiel!

Will man den Geschworenen einen direkten Einfluß auf die Erledigung der Straffrage einräumen, so kann dies widerspruchslos kaum in andrer Weise geschehen, als indem wir sie mit den gelehrten Richtern zu dieser speziellen Funktion vereinigen. Handelt es sich dagegen lediglich darum, den Geschworenen das Schuldurtheil in möglichster Vollständigkeit zu überweisen, ohne sie direkt auf die Feststellung der Strafe Einfluß nehmen zu lassen, so ist im Bereich der materiellen Strafgesetzgebung nichts Anderes zu thun, als die für die Schuld bestimmenden Momente soweit möglich im Gesetze zu bestimmen, und zwar in solcher Weise, daß die den Geschworenen vorzulegenden Fragen ohne Schwierigkeit und in Anlehnung an die vom Gesetzgeber gebrauchten Worte auf sie ausgedehnt werden können. In dieser Hinsicht aber könnte weit mehr geschehen, als im Entwurf geschehen ist. Vor Allem würde es sich um eine vollständige Entwicklung des Systems der allgemeinen Strafausschließungs- und Milderungsgründe handeln, in Bezug auf welches der Entwurf eine auch in andrer Hinsicht bedenkliche Schweigsamkeit entfaltet.

Vielfach wird eine solche Ausdehnung der den Geschworenen zu unterbreitenden Fragen auf gesetzlich bestimmte allgemeine Milderungsgründe als in mancherlei Hinsicht bedenklich perhorreszirt. Aber wie radikal erscheint dagegen das System der mildernden Umstände, zu dessen Einführung man sich so leicht entschloß! Mit ihm wird die Herrschaft juristischer Gesichtspunkte im Bereich des Strafausmaaßes, sowie die Gleichmäßigkeit desselben frischweg in die Schanze geschlagen. Daß die Geschworenen die im einzelnen Falle noch in Ansatz zu bringenden Umstände von denjenigen zu unterscheiden wüßten, welche im ordentlichen Strafmaaß bereits zur Geltung gekommen sind, oder von denjenigen, welche der gelehrte Richter kraft besonderer Bestimmungen ohnedies berücksichtigen muß, oder von denjenigen, welchen nur der Begnadiger einen Einfluß einräumen darf, daran ist natürlich nicht zu denken.

Und nun die Folgen ihres Spruchs! Der Gesetzgeber verknüpft mit ihm, unbekümmert um die Verschiedenheit der Motive, welche ihm zu Grunde liegen können, bestimmte Folgen in Betreff der Bestrafung, und zwar nicht bloß in Betreff der Art des Maaßes derselben, sondern auch in Betreff der Art des anzuwen-

Digitized by Google

denden Strafmittels. So z. B. soll in einer Anzahl von Fällen bei Konstatirung mildernder Umstände an die Stelle des Zuchthauses Einschließung, also eine custodia honesta treten, während doch nicht der Schatten einer Garantie dafür vorhanden ist, daß in den angeblichen mildernden Umständen die spezifischen Voraussetzungen gegeben seien, unter welchen eine Anstandsstrafe als gerechtfertigt erscheint. Es kann daher hier leicht geschehen, daß Grund und Folge wie Faust und Auge zu einander passen.

Aber es ist ohne Beweisführung einzusehen, daß die Aufgabe der Strafbemessung eine untheilbare sei, und daß jenes System, das auf die Zerreißung dieser einigen Funktion gebaut ist, nur der systemisirte Widerspruch sein könne.

Wenn man aber die Beibehaltung desselben als ein leidiges Faktum zu betrachten hat, so muß man mit Berner u. A. fordern, daß es auch seine Stelle ausfülle, daß es überall da, wo seine faktischen Voraussetzungen vorliegen, auch rückhaltlos zur Geltung gebracht werde. Die Grenzen, innerhalb deren es im Entwurfe auftritt, sind willkürlich und lassen sich wohl nur aus der Furcht erklären, das Gelände des preußischen Strafrechts in Folge einer radikalen Reformirung des Systems außer Sicht zu bekommen. — Vor Allem wäre zu fordern, daß in allen Fällen, wo nun der Entwurf ausschließlich Todesstrafe oder lebenslängliches Zuchthaus droht, ein Herabgehen auf geringere Strafen im Falle des Vorhandenseins mildernder Umstände zugelassen werde.

Zu §. 52.

Ueber Irrthum, culpa und den inneren Thatbestand überhaupt.

Der allgemeine Theil des Entwurfs berührt den inneren Thatbestand der Verbrechen nur in wenigen Paragraphen und hier nicht durchaus in korrekter Weise und mit glücklichem Griffe. Schwer dürfte es z. B. sein, einen Grund dafür beizubringen, weshalb aus der vielumfassenden Lehre von den Voraussetzungen rechtlicher Schuld grade das Bruchstück des § 52*) einer besonderen gesetzlichen Sanktion zu unterziehen sei. Der gesetzlichen Entscheidung bedürftige Kontroversen liegen hier nicht vor. Wo auf den Inhalt desselben bezügliche Zweifel in der Praxis hervorgetreten sind, da haben sie ihren Ursprung regelmäßig in der betreffenden gesetzlichen Bestimmung selbst, die somit hier das gerade Gegentheil dessen wirkt, was Gesetze wirken sollen.

Indeß möchte man die Ueberflüssigkeit des § 52 auf sich beruhen lassen, wenn derselbe nur besagte, was er besagen soll. Es ist aber unschwer

*) „Wenn Jemand bei seiner Handlung Umstände oder Eigenschaften nicht kannte, durch deren Dasein die Strafbarkeit jener Handlung bedingt ist, so ist dieselbe straflos. Waren dem Handelnden solche Umstände oder Eigenschaften nicht bekannt, durch deren Dasein die Strafbarkeit der Handlung erhöht wird, so sollen ihm diese Umstände oder Eigenschaften nicht zugerechnet werden."

Digitized by Google

zu zeigen, daß der Gedanke, der darin zum Ausdruck gebracht ist, und zwar zu völlig unzweideutigem Ausdrucke, mit den Intentionen, welchen der § sein Dasein dankt, gar nichts zu schaffen hat.

Wer auf der Jagd fahrlässiger Weise einen Menschen erschießt, den er, durch ein Gesträuch von ihm getrennt, für ein Wild hält, der wird, auch nach den Intentionen des Entwurfs, wegen fahrlässiger Tödtung zur Bestrafung zu ziehen sein. Nach §. 52, 1 aber würde dies unbedingt zu unterlassen sein, denn der Umstand, von dessen Dasein hier die Strafbarkeit der Handlung abhängt, die Menschenqualität des Getödteten, war dem Thäter bei seiner Handlung verborgen. Der Fall paßt auf das Genaueste unter die angezogene Bestimmung. Gleich ihm paßt darunter jede culpose Rechtsverletzung. Denn die culpa ist ganz allgemein durch einen solchen Irrthum charakterisirt, wie er im § 52 definirt und zu einem Strafausschließungsgrunde gestempelt ist. U. A. gehört auch die Unkenntniß des Strafgesetzes hierher, denn das Dasein des Strafgesetzes gehört ja ebenfalls zu den die Strafbarkeit bedingenden Umständen. Gewiß aber war es nicht die Willensmeinung der Autoren des Entwurfs, diese Unkenntniß allgemein zu einem Strafausschließungsgrunde zu machen. — Vgl. Binding (der Entwurf ꝛc.) S. 72 ff.

Man hat in diesem § 52 den § 44 des preußischen Strafgesetzbuchs seinem Gehalte nach konserviren wollen. Aber es läßt sich wohl bezweifeln, ob die Weglassung des Wortes „besondere" nur, wie man annahm, eine redaktionelle Aenderung enthalte. Davon abgesehen fragt es sich, ob denn dieser § 44 des preuß. Strafgesetzes sich in der Rechtsprechung so wohl bewährt habe, daß er eine solche Uebertragung verdiene. Man hat etwas Aehnliches behauptet. Mir aber scheint das Gegentheil davon evident zu sein. Die zur Beurtheilung vorliegenden Entscheidungen und Erwägungen, welche auf diesen §. 44 des preuß. Strafgesetzes Bezug haben, tragen wahrlich nicht das Gepräge von Ausflüssen eines klaren und richtigen Gedankens! Es ist Einiges darunter, was eine Prüfung durchaus nicht verträgt. Und doch ist grade nur dies wirklich auf Rechnung des § zu setzen. Das Uebrige steht zum Theil in direktem Widerspruch mit Wortlaut und Sinn desselben, zum Theil wenigstens unabhängig von demselben. So ist auf Rechnung des Paragraphen das zu setzen, was sich bei Oppenhoff (Strafg. 4. Ausg.) bei § 44 sub 8 und 9 in Bezug auf die Beweispflicht und über die Unbekanntschaft mit den Bedingungen der Strafbarkeit als einer Bedingung der Nichtzurechnung mitgetheilt findet. Dann der Zweifel, ob auch die Unbekanntschaft mit gehörig kundgemachten Gesetzen hierherzuziehen sei (n. 6 daselbst), sowie die Unterscheidung in n, i, l, c. Daß aber eine wohldurchdachte und begründete Vorschrift derartige Blasen treiben könne, wird kein Verständiger glauben. — In direktem Widerspruch mit dem Inhalt des Paragraphen

Digitized by Google

(welcher vorschreibt, daß unter den angegebenen Verhältnissen die Handlung „nicht zuzurechnen" sei) ist dagegen die Behauptung, daß in den einschlagenden Fällen eine Handlung zur Fahrlässigkeit zurechenbar sein könne (l. c. n. 10), als wenn die Zurechnung zur culpa nicht auch eine Zurechnung wäre.

Wie nun aber die Zweifel, welche sich in Betreff der Auslegung des § 44 des preuß. Strafgesetzes ergeben haben, durch die Fassung des § 52 des Entwurfs ihre Erledigung gefunden haben sollen (Motive S. 105), das ist nicht einzusehen.

Der Gedanke, den man in diesem Paragraphen zum Ausdruck bringen will, kann nicht wohl ein andrer sein, als der, daß ein Irrthum, der rechtswidrigen Vorsatz und Fahrlässigkeit ausschließe, damit auch die Strafbarkeit beseitige. Ein Gedanke, in Bezug auf welchen kein Meinungsstreit besteht. Derselbe hat aber auf dem Wege zu seiner Formulirung eine seltsame Umgestaltung erfahren. Abgesehen davon, daß er in seiner vorliegenden Gestalt die culpa beseitigt, giebt er zu der Meinung Anlaß, als handle es sich hier überall nicht um ein positives Erforderniß der Zurechnung, sondern, wie man in der preuß. Praxis in der That angenommen hat, um eine von dem Beschuldigten zu erweisende „Bedingung der Nichtzurechnung". Schon die Stellung des § in dem Abschnitte von den Ausschließungsgründen der Strafe führt auf diesen Irrthum. —

Der zweite Absatz des § 52 fordert keine besondere Erörterung. Wie der erste die culpa für entschuldigend erklärt in Bezug auf die konstitutiven Merkmale der That, so der zweite in Bezug auf die Erschwerungsgründe ꝛc. —

In Bezug auf die von sachlichen Mängeln unabhängigen redaktionellen Schwächen des Paragraphen s. Binding, l. c.

Nach Allem dürfte der Vorschlag wohl begründet sein, den § 52 gänzlich zu streichen.

Wenn John zu Gunsten einer entsprechenden Bestimmung in seinem Entwurfe geltend macht, es genüge unter Umständen, „wenn man wisse, was eine Gesetzesformel bedeuten wolle," so mag man damit einem gegebenen Gesetze gegenüber einverstanden sein. Aber da, wo es sich um die Schaffung eines neuen Gesetzes handelt, wie in unsrem Falle, ist dies ein seltsamer Resignationsvorschlag, überraschend zumal im Munde eines so eifrigen Freundes korrekter Formulirungen. Sollen wir dem Gesetzgeber zumuthen, dem Richtigen das evident Unrichtige vorzuziehen, in der Hoffnung, daß die Praxis sich nicht dadurch werde beirren lassen? Welche Rolle für den Gesetzgeber, welche Rolle für das Gesetz! —

Andre Grundsätze lassen sich bezeichnen, deren gesetzliche Aufstellung statt der besprochenen am Platze und von Nutzen sein würde.

Digitized by Google

Die innere Seite der Verbrechen kömmt im Entwurf, wie schon angedeutet wurde, nicht überall zu ihrem Rechte. Hierher gehört es, daß in zahlreichen §§. mit äußeren Umständen (z. B. dem Eintritt des Todes eines Menschen, dem Verlust eines wichtigen Körpergliedes ꝛc.) schwere Rechtsfolgen, eine enorme Steigerung der sonst eintretenden Strafen, verbunden werden, ohne daß dabei in irgend einer Weise auf die Bedingungen ihrer Zurechenbarkeit hingewiesen wäre. Der Entwurf macht hier also zwischen kasueller und kulposer Herbeiführung keinen Unterschied. Es fragt sich, ob dies bewußt und in der Absicht geschehe, den Eintritt der strengeren Bestrafung von den Schwierigkeiten einer Feststellung der Voraussehbarkeit betreffender Folgen des Verbrechens unabhängig zu stellen, oder ob dies nicht der Fall sei.

Für den Bejahungsfall mag auf das Bedenkliche der hierin liegenden umfassenden Einführung des casus unter die das Strafmaaß bestimmenden Faktoren hingewiesen werden. Man stelle sich die Straffätze zusammen, welche in der erwähnten Weise an zufällige Folgen des Verbrechens geknüpft sind, und man wird erstaunen, zu welcher Potenz man hier den Zufall neben der Schuld gemacht hat. Für die Praxis hat dies allerdings bedeutende technische Vortheile. Allein ob dieselben mit einem so eingreifenden Verzichte auf eine reine Durchführung der strafrechtlichen Prinzipien nicht zu theuer erkauft sind? Die allein mögliche Begründung desselben weist, wie mir scheint, allzusehr auf den Geist und die Gewöhnungen einer Entwicklungsstufe der Straffustiz hin, welche wir mit Genugthuung als hinter uns liegend zu betrachten pflegen. — Auch tritt der Entwurf mit diesem Verfahren in einen seltsamen Widerspruch mit sich selbst. Nach §. 52,2 sollen die „bei der Handlung" vorliegenden qualifizirenden Umstände nur unter Voraussetzung des dolus in Betracht kommen, während nach den in Frage stehenden §§. die aus der Handlung hervorgehenden sogar bei reinem casus eine höhere Bestrafung begründen sollen! Ein innerer Grund für eine so verschiedene Behandlung dieser wissenschaftlich gar nicht zu scheidenden Kategorien von qualifizirenden Umständen existirt natürlich nicht. Ferner unterliegen die fraglichen Verbrechensfolgen, wie z. B. der Eintritt des Todes eines Menschen, einer ganz entgegengesetzten Behandlung, wenn in ihnen allein die Rechtsverletzung besteht. Es greift dann der Grundsatz des §. 52. auch in Betreff ihrer Platz.

Ist dagegen die Voraussetzung, daß man in Bezug auf die in Frage stehenden Verbrechensfolgen die Zurechenbarkeit nicht in Betracht gezogen haben wolle, irrig, so gebe man seiner Meinung einen unzweideutigen Ausdruck. Oder sieht man es für selbstverständlich an, daß die Folgen einer Handlung nur insoweit strafrechtlich in Betracht kommen können, als sie zurechenbar sind? Von wissenschaftlichem Standpunkte aus ist hier freilich kein

Digitized by Google

Zweifel möglich. Daß aber der Standpunkt der Praxis einem gegebenen Gesetze gegenüber mit dem wissenschaftlichen nicht zusammenfällt, dafür gibt u. A. die preußische Praxis den entsprechenden Bestimmungen des preußischen Strafgesetzes gegenüber Belege. Sie hat diese Bestimmungen mehrfach in dem oben vorausgesetzten Sinne interpretirt.

Nach Allem dürfte der Vorschlag begründet sein, anstatt des §. 52. (jedoch an andrer Stelle, in einem Abschnitte von den allgemeinen Voraussetzungen der strafbaren Handlung, worüber Meyer l. c. S. 27 vergl. w. möge) eine Bestimmung etwa folgenden Inhalts aufzunehmen:

Bei der Bestrafung einer Handlung sind nur solche Umstände und nur solche Eigenschaften und Folgen der Handlung als belastend in Betracht zu ziehen, bezüglich welcher entweder rechtswidriger Vorsatz oder Fahrlässigkeit bei dem Handelnden vorliegt.

Noch eine andre auf die Fahrlässigkeit sich beziehende Bestimmung würde sich nach dem Vorgange andrer Gesetzgebungen und aus sehr nahe liegenden Gründen empfehlen, eine Bestimmung des Inhalts nämlich, daß fahrlässige Handlungen nur in den vom Gesetze ausdrücklich bezeichneten Fällen strafbar seien. Die Begriffe der verschiedenen Verbrechensarten sind im Entwurfe keineswegs durchweg so präzis bestimmt, daß eine solche Vorschrift als überflüssig bezeichnet werden könnte. Vielmehr würde sich dieselbe als eine nicht unnütze Ergänzung zu §. 2,1 charakterisiren. —

Wir haben gesehen, daß der Entwurf in Bezug auf die Berücksichtigung gewisser Umstände von den Bedingungen der Zurechenbarkeit dann absieht, wenn dieselben im Zusammenhange mit anderen strafbegründenden Momenten auftreten. So z. B. in Betreff der Herbeiführung des Todes eines Menschen im Falle er in Verbindung mit einer Brandstiftung auftritt (§§. 285, 87, 90). Daß er dagegen dann, wenn diese Umstände für sich isolirt auftreten (z. B. bei einfacher Herbeiführung des Todes eines Menschen), mindestens culpa voraussetze (§. 194), beziehungsweise nach dem unglücklichen §. 52,1 sogar in ausschließender Weise dolus. Zu dieser Ungleichmäßigkeit nun gesellt sich noch eine andere. Die fraglichen Umstände erfahren nämlich zum Theil hinsichtlich des Strafmaaßes eine viel energischere Berücksichtigung im ersten als im zweiten Falle, ohne daß sich dafür ein Grund erbringen ließe. So z. B. zieht fahrlässige Tödtung, wenn sie für sich allein auftritt, Gefängniß bis zu 2 Jahren nach sich (§. 194); fahrlässige oder kasuelle Tödtung dagegen, wenn sie in Verbindung mit Brandstiftung auftritt, eine Steigerung der für die letztere gedrohten zeitlichen Zuchthausstrafe auf Todesstrafe!

Digitized by Google

Zu §. 46.

Vom Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit.

Die Bestimmungen des Entwurfs über die Ausschließungs- und Milderungsgründe der Strafe sind, wie schon erwähnt wurde, wesentlich unvollständig. Zugleich geben sie in andrer Hinsicht zu Bedenken Anlaß. Es mag versucht sein, dies zunächst zu erweisen in Bezug auf den Inhalt des §. 46 („Eine Handlung ist als Verbrechen oder Vergehen nicht zu betrachten, wenn die freie Willensbestimmung des Thäters zur Zeit der That ausgeschlossen war.").

Der §. 46. ist unvollständig insofern, als er die Fälle einer bloß relativen Zurechnungsunfähigkeit nicht einschließt. Der Ausschluß der freien Willensbestimmung weist, was man auch im Uebrigen bei den Worten denken möge, jedenfalls auf einen allgemeinen psychologischen Zustand hin, der in einem bestimmten Momente nicht in einer Rücksicht vorhanden, in einer andern nicht vorhanden sein kann. Derjenige, welcher in einer bestimmten Zeit der freien Willensbestimmung ermangelt, kann wegen dessen, was er in dieser Zeit gethan, nicht zur Verantwortung gezogen werden, welchen Charakter sonst auch dieses Thun haben möge. Nun ist es aber in der Wissenschaft anerkannt, daß die Zurechnungsfähigkeit grade in Bezug auf dieses konkrete Thun beurtheilt sein will. Die Fälle sind nicht so überaus selten, wo einem Individuum die rechtliche Unterscheidungsfähigkeit in Bezug auf bestimmte Handlungen fehlt, nicht in Folge irgend welcher abnormen Zustände, sondern in Folge mangelhafter geistiger Ausbildung. Dasselbe ist im Uebrigen Herr seiner Kräfte und würde in Bezug auf andre in der gleichen Geistesverfassung begangene Handlungen als zurechnungsfähig gelten müssen. Dies wird z. B. in Bezug auf gewisse Handlungen Taubstummer sowie aus einer andern Kulturwelt zu uns versetzter Fremder der Fall sein. Nicht minder in Fällen gleich dem, da ein Bauer zur Zeit des Kriegs einen feindlichen Soldaten ermordete, in der Ueberzeugung, damit ein patriotisches Werk zu vollbringen (Herbst, grundsätzl. Entscheidungen des österr. O. A. G. zu §. 2). Von Ausschluß der Willensfreiheit zu reden wäre hier ohne Sinn. Es handelt sich lediglich um eine mangelhafte Ausbildung des sittlich-rechtlichen Urtheils, welche nicht bloß bei Unmündigen und Minderjährigen, sondern auch bei Erwachsenen vorkömmt und den Erklärungsgrund für gesetzwidrige Handlungen abgibt. In Folge des Mangels richtiger Bestimmungen über Zurechnungsfähigkeit werden derartige Fälle unter beliebige andre, stets unpassende, Gesichtspunkte (Unbekanntschaft mit dem Strafgesetze oder im Gegensatze dazu error facti) subsumirt.

Der fragliche § geht aber zugleich zu weit, indem er den Mangel der freien

Digitized by Google

Willensbestimmung „zur Zeit der That“ überall als strafausschließend anerkennt, während es doch für die Beurtheilung der Schuld keineswegs ausschließend auf diesen Moment ankommt. Der mehrfach in den Gesetzen besonders erwähnte Fall der Herbeiführung völliger Betrunkenheit in Absicht auf das Verbrechen steht hier nicht allein. Die Geistesverfassung des Thäters zur Zeit der That erscheint öfters nur als das letzte, an sich wenig bedeutsame Glied in einer Reihe von inneren, in ihrer Gesammtheit den Maßstab für die sittliche Beurtheilung an die Hand gebenden Vorgängen. Der Entwurf aber macht jenes letzte Glied zum allein entscheidenden, sowohl an dieser Stelle, wie in seinen Bestimmungen über Mord und Todtschlag.

Die fragliche Bestimmung ist ferner eine außerordentlich vage, welche dem Richter in Bezug auf wichtigste Fragen keine Weisung giebt, bezw. ihn mit denselben an eine zwar ehrwürdige, aber hier bedenkliche Adresse schickt. Denn der Begriff der Willensfreiheit führt in's Gebiet der Philosophie, ein Gebiet, in dem zwar Antworten auf alle Fragen zu holen sind, welches aber das Eigenthümliche hat, daß man niemals wissen kann, mit welcherlei Belehrungen der Frager es verlassen werde. Handelt es sich ihm etwa um eine Antwort auf die Frage, ob Motive von besonderer Mächtigkeit, welche jedoch keine krankhaften Störungen herbeiführen, die Willensfreiheit ausschließen, oder ob eine krankhafte Störung der Gehirnfunktionen Willensunfreiheit bedinge, so erhält er vielleicht die präjudicirliche Belehrung — daß es Willensfreiheit überhaupt nicht gebe. Die Kommission glaubt zwar mit der Einführung dieses Begriffs den juristischen Standpunkt gewahrt zu haben gegenüber von dem medicinischen, aber nicht mit Grund. Dieser Begriff ist an sich so wenig ein juristischer wie ein medicinischer. Der juristische Begriff, auf welchen es hier ankommt, ist der der Zurechnungsfähigkeit. Vom Standpunkte der Kommission, welche hier nicht analysiren wollte, würde es daher, wie mir scheint, richtiger gewesen sein, einfach vom Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit zu sprechen, wie dies jetzt von Dr. W. Jessen (Ueber Zurechnungsfähigkeit, Denkschrift zum Entw.) empfohlen wird. Damit wäre wenigstens nach keiner Seite hin präjudicirt, und wir blieben auf juristischem Gebiete. Die jetzt vorliegende Bestimmung giebt mehr, wenn man will. Aber dies Mehr besteht in einer weder klaren noch richtigen Direktive. Vgl. auch Binding, l. c. S. 68, 69.

Die fragliche Bestimmung ist ferner keineswegs, wie die Motive annehmen, geeignet, die Kompetenz der Richter und die der Mediciner in sachentsprechender Weise gegen einander abzugrenzen. Vielmehr dürften die in dem Gutachten der wissenschaftlichen Deputation für die Medicinalverwaltung gerade in dieser Hinsicht erhobenen Bedenken nicht zu entkräften sein. Daß der Begriff der Willensunfreiheit ungeeignet sei, durch den medicinischen Sach-

Digitized by Google

verständigen zur Anwendung gebracht zu werden, wird nicht bestritten werden. Ueberlassen wir es aber dem Richter, den fraglichen Begriff in seine Bestandtheile zu zerlegen und dieselben nach seinem Ermessen dem Urtheil des medicinischen Sachverständigen zu unterbreiten oder nicht zu unterbreiten, so geschieht es leicht, daß die Zuständigkeit des letzteren über Gebühr eingeschränkt und in manchen Fällen Zurechnungsfähigkeit irrigerweise und lediglich deßhalb angenommen werde, weil das im Gebiete der Medicin liegende punctum saliens nicht von medicinischem Gesichtspuncte aus beurtheilt wurde.

Für die fragliche Kompetenzregulirung Anhaltspunkte zu geben, ist aber unzweifelhaft eine Aufgabe des Gesetzgebers. Und zwar würde dies in sachentsprechender Weise schon dadurch geschehen, daß er dem Begriffe der Zurechnungsfähigkeit die Gründe ihres Ausschlusses zur Seite stellt und dieselben zugleich nach ihren wichtigsten Unterscheidungsmerkmalen klassifizirt. Welche von ihnen der Kognition der Mediciner zu unterbreiten seien, wird sich dann von selbst herausstellen. Dem entspricht auch der Vorschlag der wissenschaftlichen Deputation, an dem sich verschiedene Ausstellungen machen lassen, der aber prinzipiell gewiß das Richtige trifft.

Das Gesagte würde auf eine Bestimmung etwa folgenden Inhalts hinausführen:

> Eine Strafe tritt nicht ein, wenn in Folge krankhafter Störungen der Geistesthätigkeit, oder besonderer körperlicher Zustände (Trunkenheit, Schlaftrunkenheit ꝛc.) oder mangelhafter geistiger Ausbildung dem Thäter die Fähigkeit abging, seine That in ihrer sittlichen und rechtlichen Bedeutung zu beurtheilen.

Aeußere Gewalt und Drohungen gehören nicht in diesen Zusammenhang. Bringen sie innere Störungen hervor, so sind es diese, welche die Zurechnungsfähigkeit ausschließen. Davon abgesehen, steht ihre rechtliche Wirkung unter anderen Gesichtspunkten.

Zu § 47.

Ueber den Milderungsgrund der geminderten Zurechnungsfähigkeit.

Aendert man die Fassung des § 46 im Sinne der obigen Ausführungen, so hat selbstverständlich eine entsprechende Aenderung auch im § 47 einzutreten. Derselbe ließe sich dann etwa folgendermaßen fassen:

> Wenn die im § 46 charakterisirte Fähigkeit in erheblichem Grade beeinträchtigt war oder sich bei ihm nur unvollkommen entwickelt zeigt, so ist auf eine Strafe zu erkennen, welche . . . . . .

Digitized by Google

Mit einer derartigen Fassung der Bestimmung würde man von selbst über den Schulstreit hinausgeführt werden, welcher sich auf den Begriff der geminderten Zurechnungsfähigkeit bezieht. Denn sie geht lediglich von Voraussetzungen aus, welche außerhalb desselben liegen, und deren Richtigkeit verständigerweise nicht bezweifelt werden kann. Daß eine Unvollkommenheit des sittlichen und rechtlichen Unterscheidungsvermögens, wie sie sich bei den Unmündigen findet, auch bei (dem Alter nach) Mündigen sowohl dauernd als vorübergehend vorkommen könne, ist selbstverständlich, und daß dieselbe auch hier zu berücksichtigen sei, nicht minder. Eines weiteren Fundaments aber bedarf es für die Aufstellung des in Frage stehenden Milderungsgrundes nicht.

Man behauptet jedoch, daß derselbe aus der Masse der übrigen für das Strafmaaß bestimmenden Umständen nicht ausgesondert werden dürfe. Einen Grund dafür habe ich nicht ausfindig machen können.

Man behauptet ferner, daß derselbe in keine Beziehung zu dem Strafausschließungsgrunde der Zurechnungsunfähigkeit gebracht werden dürfe. Aber Strafausschließungs- und Milderungsgründe stehen überall in einem nahen Zusammenhange und speziell in Betreff des in Frage stehenden Ausschließungs- und Milderungsgrundes liegt dieser Zusammenhang auf der Hand. Bei beiden handelt es sich um die Wirksamkeit der nämlichen Kräfte, nur daß im einen Falle der völlige Ausschluß dieser Wirksamkeit, im andern eine bloße Schwäche oder Hemmung derselben vorliegt. Zugleich sind es Verhältnisse der nämlichen Art (wie Krankheit, Trunkenheit, Erziehungsmangel, unglückliche Geistesanlage ꝛc.), welche einerseits jenen Ausschluß, andrerseits diese Schwäche herbeiführen. Ein „Widersinn" liegt daher in der Zusammenstellung jenes Ausschließungs- und dieses Milderungsgrundes nicht, vielmehr einfach das, was die Natur der Sache fordert.

Auch machen sich die Gegner eines auffallenden Widerspruchs schuldig, indem sie bei der Jugend dem gänzlichen Mangel des (rechtlichen) Unterscheidungsvermögens die bloße Unvollkommenheit desselben zur Seite stellen und in Betreff dieser letzteren alles das fordern und thun, was sie bezüglich des gleichen Momentes bei Erwachsenen als unlogisch und durchaus verwerflich bekämpfen.

Um eine „Halbirung der Zurechnung" handelt es sich bei diesen so wenig als bei jener. Die Frage nach dem Vorhandensein der Unterscheidungsfähigkeit oder Zurechnungsfähigkeit ist in Bezug auf eine bestimmte That allerdings stets entweder mit ja oder mit nein zu beantworten. Aber die Bejahung läßt die Frage nach dem Maaße übrig, in welchem sich die Unterscheidungsfähigkeit entwickelt zeigt und in welchem sie sich zu bethätigen vermochte. Das Gleiche gilt in Betreff der Verhältnisse, welche dieser Bethätigung ent-

Digitized by Google

gegenwirken. Krankheit, Trunkenheit u. s. f. sind allerdings entweder vorhanden oder nicht vorhanden. Aber zwischen völliger, die Besinnung ausschließender, Trunkenheit und vollkommener Nüchternheit liegen viele Zwischenstufen und die Gesundheit ist bekanntlich ein sehr relatives Ding . . . .

Was die Gegner vorbringen läßt sich scheiden in:

1) Gründe gegen die Existenz eines dem Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit entsprechenden Milderungsgrundes, wie ich ihn oben zu definiren suchte. Diese Gründe dürften durch das Gesagte wohl erledigt sein.

2) Gründe gegen eine Aufstellung dieses Milderungsgrundes im Gesetze. Hierher gehört die Behauptung Meyers, daß in derselben eine einseitige Berücksichtigung der inneren Thatseite gegenüber von der äußeren liege. Hiebei ist übersehen, daß die Modalitäten des äußeren Thatbestandes eine systematische Berücksichtigung im speziellen Theile (in der Unterscheidung der Verbrechensarten und Unterarten, der Aufstellung von Auszeichnungsgründen ꝛc.) finden, während die Modalitäten des inneren Thatbestandes, weil sie im Wesentlichen bei den verschiedenen Verbrechensarten die nämlichen sind, ihre systematische Berücksichtigung im allgemeinen Theile zu finden haben. — Hierher gehört ferner die Behauptung der Ueberflüssigkeit einer gesetzlichen Auszeichnung dieses Milderungsgrundes. Es genüge, wenn die Strafrahmen weit genug ausgedehnt seien (was im Entwurf jedoch vielfach nicht der Fall ist), um eine Berücksichtigung der fraglichen Verhältnisse zu ermöglichen. Allein die betreffenden Ausführungen beweisen entweder die Ueberflüssigkeit gesetzlicher Anhaltspunkte für das Ausmaaß der Strafen (falls nur die Strafrahmen weit genug ausgedehnt wären!) überhaupt, oder sie beweisen nichts. — Am Gewichtigsten dürfte das Argument sein, das insbesondere von Berner näher ausgeführt worden ist, daß dieser Milderungsgrund dem Praktiker in Fällen, wo die Alternative eine strikte ist, wo es sich fragt, ob ein bestimmter Umstand die Zurechnungsfähigkeit durchaus beseitige oder ungemindert bestehen lasse, einen bequemen Ausweg zu eröffnen scheine, auf dem er sich einer wirklichen Beantwortung der Frage entschlagen könne. Eine Gefahr solcher Anwendung des fraglichen Milderungsgrundes mag in der That bestehen. Aber schwerlich in andrer Weise als sie auch in Betreff des Systems der mildernden Umstände, das in Berner seinen hervorragendsten Vertreter hat, und dessen vollständigere Ausbildung nach ihm jenen Milderungsgrund überflüssig machen soll, besteht. Ja es wurden die Geschworenen im Ganzen mehr geneigt sein, sich einer strikten Alternative gegenüber einen Ausweg zu suchen, als der gelehrte Richter, und das Halbdunkel jenes Systems wird dies ihrem Gewissen erleichtern. Ueberhaupt aber besteht jene Gefahr in Bezug auf alle Mittelglieder der Stufenfolgen, welchen wir im Bereich des materiellen und formellen Strafrechts begegnen. So z. B. auch in Betreff der culpa.

Digitized by Google

Nicht eben selten dürfte der Fall sein, wo man sie in Betreff eines Vorgangs bloß um deßwillen als vorliegend erkennt, weil der Beweis des bösen Vorsatzes nicht gelungen oder zweifelhaft ist, und man sich zur Freisprechung, bez. Außerachtlassung eines betreffenden Umstandes nicht entschließen kann. So ehemals in Betreff der Verdachtsstrafen ꝛc. In Bezug auf diese letzteren lag die Hilfe nahe. Dagegen ist in Bezug auf jene ersteren Mittelglieder keine Hilfe, es sei denn in der gesetzlichen Fiktion, daß zwischen dolus und casus, bez. zwischen vollkommener Geistesfreiheit und völliger Geisteszerrüttung nichts in der Mitte liege, d. i. also in der Sanktion einer schreienden Unwahrheit.

3) Gründe oder vielmehr unbegründete Proteste gegen eine Loslösung dieses Milderungsgrundes von der ungestalteten und ungesichteten Materie der Ausmessungsgründe; wobei übersehen ist, daß die Entwicklung des Strafrechts gutentheils in der Zersetzung dieser Maaße und der individualisirenden Ausbildung ihrer Bestandtheile bestehe.

4) Gründe, welche lediglich die Formulirung des Milderungsgrundes in §. 47. des Entwurfs oder beliebige anderweitige Formulirungen betreffen ...

Schließlich mag auf die Kritik der §§. 46. u. flg. von J. v. Rönne („die kriminalistische Zurechnungsfähigkeit ꝛc."), welche viel Beachtenswerthes enthält, Bezug genommen werden.

Ueber den Nothstand.

Unter andern Strafausschließungsgründen ist der Nothstand im Entwurf übergangen. Möglicherweise war man der Ansicht, daß die Praxis betreffende Fälle unter §. 46. subsumiren werde. Wenigstens war es eine dem entsprechende Erwägung, welche den Nothstand im österreich. Entw. übergehen ließ. Man erwartete, daß die Praxis in ihm einen Ausschließungsgrund der Willensfreiheit finden werde. Daß hierin ein Irrthum liegen würde (da der Nothstand in Wahrheit mit diesen Ausschließungsgründen der Willensfreiheit nichts gemein hat), hat man entweder für gleichgültig erachtet oder übersehen. Das erstere enthielte noch einen schlimmeren Irrthum als jene Subsumtion. Es ist keineswegs eine gleichgültige Sache, wenn die Praxis im Gesetze gradezu eine Aufforderung findet, sich über wissenschaftliche Unterscheidungen und Begriffe hinauszusetzen, ein „verachte nur Vernunft und Wissenschaft" im Munde des Gesetzgebers! Das letztere wäre ein weiterer Beweis für die völlige Unklarheit der Vorstellungen, welche man mit dem „Ausschluß der freien Willensbestimmung" verbindet.

Eine sichere und in sich übereinstimmende Anwendung von Vorschriften ist aber jedenfalls nicht zu erwarten, wenn der zu Grunde liegende legislative Gedanke, wegen der Widersprüche, die er in sich birgt, wie im vorausgesetzten Falle keines wissenschaftlichen Ausdrucks fähig ist. Auch nöthigt die

Digitized by Google

Subsumtion des Nothstandes unter die Gründe der Willensfreiheit direkt zu verkehrten Entscheidungen. So z. B. ist es widersinnig, wegen Nothstands die Willensfreiheit als ausgeschlossen anzunehmen und trotzdem mit Rücksicht auf vorliegende besondere Verpflichtungen zum Bestehen der Gefahr zu bestrafen. Und doch haben solche Verpflichtungen anerkanntermaaßen die entschuldigende Kraft des Nothstandes auf. —

Möglich ist es nun, daß die obige Voraussetzung in Betreff des vorliegenden Entwurfs nicht zutrifft. Vielleicht wollte man die Berücksichtigung des Nothstandes der Begnadigungsinstanz vorbehalten. Aber abgesehen davon, daß hierin eine grundlose Willkür läge, hat man seiner Meinung nirgends einen Ausdruck gegeben, und überläßt damit den Richter seinem wissenschaftlichen oder auch unwissenschaftlichen Dafürhalten. —

Wenn John gegen die Berücksichtigung des Nothstandes im Gesetze geltend macht, daß sich in Folge davon „die vermeintlichen Nothstandsfälle in auffallender Weise mehren" würden, so ist dies eine Prophezeiung, welche durch die in Hessen, Sachsen, Braunschweig, Baiern und anderswo gemachten Erfahrungen, wie ich glaube, widerlegt war, ehe sie ausgesprochen wurde. —

Was die Formulirung dieses Strafausschließungsgrundes betrifft, so möchte sich es empfehlen, dem Meyer'schen Vorschlage (l. c. S. 30) entsprechend, etwa zu sagen:

Eine Strafe tritt nicht ein, wenn der Thäter durch eine seine Schuld ausschließende Zwangslage zu der That gedrängt ward.

Dem Strafausschließungsgrunde des Nothstandes würde ein entsprechender Milderungsgrund anzureihen sein. Aber es mag dies hier nicht weiter verfolgt werden. Betreffende Vorschläge würden einem Systeme angehören, welches sich mit dem im Entwurfe festgehaltenen (insbesondere so lange das System der mildernden Umstände einen Bestandtheil desselben bildet) schwer in Einklang bringen läßt. An ein Aufgeben des letzteren ist aber wohl, falls nicht eine wesentliche Aenderung der Sachlage eintritt, nicht zu denken.

Digitized by Google

III.

Gutachten des Herrn Professors Dr. v. Geszler, Kanzlers der Universität zu Tübingen.

Würdigung der Bestimmungen des Strafgesetz-Entwurfs für den Norddeutschen Bund über Brandstiftung.

Die Begutachtung eines Abschnitts des besonderen Theils hat sich hinsichtlich allgemeiner Fragen zunächst auf den Standpunkt des Entwurfs zu stellen, insbesondere auch hinsichtlich der Strafarten, indem nur eine als unangemessen erachtete Regelung einer solchen dann besonders zu berühren ist, wenn gerade bei dem einzelnen Verbrechen sich die Unangemessenheit in sehr entschiedener Weise zeigen würde.

Die gemeingefährlichen Verbrechen bezeichnen die Motive als solche, „mit deren Begehung die Wahrscheinlichkeit einer allgemeinen Gefahr für Menschen oder Sachen gegeben ist.“ Zugleich ist hiemit eine Uebersicht über die in dem Entwurfe hiezu gestellten Verbrechen verbunden.

Für das zuerst aufgeführte Verbrechen der Brandstiftung, wie für einige weitere, ist die Regelung der Eigenthumsbeschädigung von Erheblichkeit, weil hiernach sich das Bedürfniß zu ferneren Strafbestimmungen vielfach bestimmt.

Der XXIX. Abschnitt bedroht die vorsätzliche rechtswidrige Beschädigung oder Zerstörung fremder Sachen mit Geldbuße bis zu 300 Thalern oder Gefängnißstrafe bis zu einem Jahre und erklärt dieselbe, so weit sie nicht qualificirt ist, für ein Antragsvergehen.

Qualificirt ist:

1) dahin, daß Gefängniß bis zu drei Jahren und facultativ Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte gedroht ist, die Beschädigung von Gegenständen der Verehrung einer im Staat anerkannten Religionsgesellschaft oder von

Digitized by Google

dem Gottesdienste gewidmeten Sachen, Grabmälern, öffentlichen Denkmälern, Gegenständen der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt oder öffentlich aufgestellt sind, oder von Gegenständen, welche zum öffentlichen Nutzen oder zur Verschönerung öffentlicher Wege oder Anlagen dienen.

2) in der Weise, daß Gefängniß von mindestens einem Monat (bis zu 5 Jahren) eintritt, die völlige oder theilweise Zerstörung eines Gebäudes, eines Schiffes, einer Brücke, eines Damms, einer gebauten Straße, einer Eisenbahn oder eines sonstigen Bauwerks, welche fremdes Eigenthum sind.

Hervorzuheben ist sodann noch die von anderen Gesetzgebungen zum Landfriedensbruch gestellte Zusammenrottung einer Menschenmenge, welche Sachen eines Anderen plündert, vernichtet oder zerstört, wofür Zuchthaus bis zu 10 Jahren gedroht ist, facultativ auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht und bei mildernden Umständen auf Gefängniß nicht unter drei Monaten erkannt werden kann.

Zum Thatbestande der Brandstiftung gehört nach dem Entwurfe:

I. als Gegenstand: ein Gebäude, Schiff, Hütte, Bergwerk, Magazine, Vorräthe von landwirthschaftlichen Erzeugnissen, Bau- oder Brenn-Materialien, Früchte auf dem Felde, Waldungen oder Torfmoore, außerdem Eisenbahnwagen oder andere zum Aufenthalte von Menschen zeitweise dienende Räumlichkeiten zu einer Zeit, zu welcher sich Menschen darin aufzuhalten pflegen.

Qualificirt mit Rücksicht auf den Gegenstand erscheinen: Gebäude, Schiffe oder Hütten, welche zur Wohnung von Menschen dienen oder ein zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmtes Gebäude, sodann Gebäude, Schiffe, Hütten, Bergwerke, Eisenbahnwagen und andere zum Aufenthalte von Menschen zeitweise dienenden Räumlichkeiten — zu einer Zeit, zu welcher sich Menschen darin aufzuhalten pflegen.

Soweit eine Qualification dem Gegenstande nach vorliegt, ist von keiner Erheblichkeit, ob die Sache eine fremde oder eigene ist.

Allgemein für Fälle der einfachen wie qualificirten Brandstiftung ist dem unmittelbaren In-Brand-Stecken der Gegenstände selbst ein solches von eignen oder fremden Sachen, welche vermöge ihrer Beschaffenheit und Lage geeignet sind, jenen das Feuer mitzutheilen, gleichgestellt.

Eine Prüfung dieser Bestimmungen erfolgt angemessen in folgender Weise.

1) Sind als Gegenstand der Brandstiftung überhaupt die in dem Entwurf aufgeführten Sachen anzuerkennen und sind etwa noch weitere Gegenstände hieher zu stellen?

2) Ist die Qualifikation dem Gegenstande nach und

Digitized by Google

3) die mittelbare Brandstiftung richtig bestimmt?

Zu 1). Die in dem Entwurfe aufgeführten Gegenstände sind fast in allen neueren Gesetzgebungen als solche bezeichnet, so daß hauptsächlich an der Hand des Inhalts dieser, welcher für ein Bedürfniß vorzugsweise erheblich ist, zu prüfen ist, ob nicht noch weitere Sachen berücksichtigt werden sollten.

Einzelne Gesetzgebungen, wie insbesondere die des Königreichs Sachsen, führen noch auf Schiffmühlen, Windmühlen, Brücken, andere dergleichen Bauwerke. Diese sind durch den Entwurf für solche Fälle berücksichtigt, in welchen sie zu den Gebäuden, Schiffen, Hütten, oder zum Aufenthalt von Menschen zeitweise dienenden Räumlichkeiten gestellt werden können. Die nähere Bestimmung der letzteren „zu einer Zeit, zu welcher sich Menschen darin aufzuhalten pflegen" wird angemessener bei der Qualifikation (zu 3. 2) geprüft. Im Uebrigen liegt, weil die gänzliche oder theilweise Zerstörung von Brücken oder sonstigen Bauwerken, welche fremdes Eigenthum sind, als qualificirte Eigenthumsbeschädigung erscheint und die Beschädigung von Wasserbauten oder Brücken mit Gefahr für das Leben oder die Gesundheit Anderer in diesem Abschnitt noch besonders hervorgehoben ist, ein Bedürfniß zur Aufnahme entsprechender weiterer Gegenstände nicht vor.

Verschiedene Gesetzgebungen beschränken sich nicht auf „Vorräthe von landwirthschaftlichen Erzeugnissen, Bau- oder Brennmaterialien", sondern geben dem Gegenstande eine allgemeinere Haltung durch Erwähnung ähnlicher Gegenstände, worunter z. B. wohl Leinwand auf der Bleiche, Tuch in Tuchrahmen von Tuchmachern begriffen werden könnte. Abgeschlossene Räumlichkeiten, in welchen Vorräthe von ähnlichen Gegenständen verwahrt werden, sind, auch wenn sie nicht Gebäude sind, durch Aufnahme von Magazinen berücksichtigt; für in sonstiger Weise aufbewahrte Vorräthe wird das für Eigenthumsbeschädigung angedrohte Maximum von einem Jahr Gefängniß ausreichend sein.

Außer den „Früchten auf dem Felde" könnten mit dem Strafgesetzbuch von Sachsen Art. 208 noch Anpflanzungen hervorgehoben werden, welche, wie z. B. Baumschulen, ein ausgedehntes Areal einnehmen können und deßhalb den hier berührten Gegenständen wohl gleichgestellt werden können, während sie zu den Früchten auf dem Felde nicht zu rechnen sind.

Verschiedene Gesetzgebungen, insbesondere K. Sachsen, Württemberg, Braunschweig, (Hannover), haben neben den speziell aufgeführten noch ähnliche Sachen als Gegenstand der Brandstiftung erklärt. Bei der Frage der Aufnahme dieser Bestimmungen ist von Belang der Gesichtspunkt, aus welchem überhaupt die Beschädigung durch Feuer besonders strafrechtlich hervorgehoben wird, sodann ob die nach diesem Gesichtspunkte hierunter zu stellenden Gegenstände eine erschöpfende Einzelbestimmung nicht zulassen, endlich, falls

Digitized by Google

diese unmöglich oder doch schwierig ist, ob der Wegfall eines für die Sicherheit von Sachen höheren Schutzes so sehr zu vermissen wäre, daß hiegegen sonstige Nachtheile, wie die unbeschränktere Stellung des Richters, der Mangel der Möglichkeit zulänglicher Kenntniß von Seiten des Straffälligen, nicht in Betracht kommen.

Neben der Gefahr für das Leben und die Gesundheit von Menschen, welche theils bei einzelnen Gegenständen, wie bei Räumlichkeiten, Eisenbahnwagen, den ausschließlichen Bestimmungsgrund, theils (wie bei Gebäuden) einen solchen für die qualificirte Behandlung bildet, ist Hauptgesichtspunkt der Umstand, daß Sachen von größerem Umfang oder eine Mehrheit von räumlich vereinigten Sachen, bei welchen namentlich wegen des Zusammenhangs von einzelnen Gegenständen und des hierdurch erleichterten Umsichgreifens des Feuers eine Zerstörung durch dieses Mittel von besonderem Nachtheil sein kann, einen höheren strafrechtlichen Schutz erhalten sollen. Als ein Merkmal kann nicht der größere Geldwerth der Sache bezeichnet werden, einmal als ausschließliches nicht, weil sonst viele, insbesondere bewegliche, Sachen hierher gestellt werden müßten, sodann aber auch nicht als ein nebenher bestehendes, weil bei Gegenständen wie Magazinen, Vorräthen von landwirthschaftlichen Erzeugnissen, Bau- oder Brenn-Materialien, Waldungen zwar gewöhnlich ein größerer Geldwerth vorliegen wird, ein solcher aber nicht als nothwendig erscheint, indem auch kleine Magazine von geringerem Geldwerth, Waldungen von unbedeutendem Umfang Gegenstand der Brandstiftung sind. Das Merkmal eines größeren Umfangs ist hiernach selbst nur ein solches, welches bloß gewöhnlich bei solchen Gegenständen zutrifft.

In einer Reihe von weiteren Fällen, z. B. bei Aufbewahrung von Wägen für einen Eisenbahnbau im Freien kann der gleiche Gesichtspunkt zutreffen. Allein vielfach werden solche Sachen zu Gegenständen der Brandstiftung in Beziehung stehen und wird das Maximum der Strafe der Eigenthumsbeschädigung sonst regelmäßig ausreichen.

Bei der Schwierigkeit einer erschöpfenden Aufzählung und dem weniger dringenden Bedürfniß der Berücksichtigung weiterer Fälle wird deshalb die Hinweglassung fernerer Gegenstände nicht zu beanstanden sein.

Schon hier ist übrigens zu berühren, daß das ohne Zulassung einer Annahme von Milderung gedrohte Minimum von 1 Jahr Zuchthaus in manchen Fällen zu hoch sein kann. Die Gefahr und der wirklich eingetretene Schaden können in solchen Fällen höchst unbedeutend sein. Hatten das bayr. St. G. B. v. 1813, die G. Bücher für Sachsen-Altenburg, Hessen-Darmstadt, Thüringen, Oesterreich, Königreich Sachsen ein ähnliches Minimum, so haben dagegen Württemberg in leichteren Fällen Kreisgefängniß von 4 Wochen bis zu einem Jahre, Braunschweig bei dem Betrage eines

Digitized by Google

Schadens von unter 15 Thalern Zwangsarbeit von 14 Tagen bis zu einem Jahr, Hannover Arbeitshaus von 5 Monaten bis zu 3 Jahren, Baden theilweise durch Zulassung der Anwendung der Grundsätze über Eigenthumsbeschädigung Geldbuße bis zu 25 fl., Amtsgefängniß bis zu 8 Wochen angedroht.

Eine Ergänzung in dieser Richtung, sei es durch allgemeine Zulassung von mildernden Umständen, oder durch besondere Hervorhebung der Fälle von geringem Schaden oder unbedeutender Gefahr sollte stattfinden.

Zu 1.) ist somit einmal die Aufnahme von Anpflanzungen in den §. 286, sodann aber die Zulassung von mildernden Umständen oder doch von Milderung bei geringerem Schaden oder unbedeutender Gefahr in den Fällen des §. 286 in Vorschlag zu bringen.

Zu 2.) sind die Qualifikationen dem Gegenstand nach bereits zu 1.) erwähnt.

Eine dem oldenburgischen St. G. B. sich anschließende Aenderung des Inhalts des preuß. St. G. Buchs liegt darin, daß, während das letztere „ein zum Gottesdienste bestimmtes Gebäude" als Gegenstand der qual. Brandstiftung genügen läßt, der Entwurf „ein zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmtes Gebäude" verlangt, somit eine Beschränkung verfügt

Von hauptsächlicher Bedeutung ist aber die Regelung in Beziehung auf menschliche Aufenthaltsorte und die hiermit in engem Zusammenhang stehende rücksichtlich der eigenen Sachen. In Uebereinstimmung mit dem preußischen St. G. B. soll hiebei lediglich die Gefahr für Menschen in abstracto entscheiden, welche aus der Zweckbestimmung des Gegenstandes abzuleiten ist. Dient ein Gebäude, ein Schiff oder eine Hütte zur Wohnung, oder ein Gebäude oder eine andere Räumlichkeit zeitweise zum Aufenthalt von Menschen, so ist die Brandlegung hieran bei den ersten Gegenständen stets, bei den letzteren wenigstens dann qualificirt, wenn sie zu einer Zeit erfolgt, zu welcher sich Menschen darin aufzuhalten pflegen, gleichgültig, ob sich in Wirklichkeit hierin zu dieser Zeit Menschen aufgehalten haben oder nicht.

Hierin ist für die letzteren Fälle gelegen, daß qual. Brandstiftung vorliegt, wenn eine Gefahr für Menschen in concreto nicht gegeben war, weil sich zu der Zeit, wo sich Menschen an solchem Orte aufzuhalten pflegen, Niemand dort befand, sowie daß, wenn die Gefahr in concreto bestand, vielleicht von dem Handelnden selbst gekannt war, die Brandlegung aber zu einer Zeit stattfand, wo sich Menschen in dem betreffenden Gegenstande nicht aufzuhalten pflegen, die Annahme einer qual. Brandstiftung ausgeschlossen ist.

Ist dieser Ausschluß vom Standpunkte des Entwurfs von geringerer Bedeutung, weil für die in §. 286 ausdrücklich aufgeführten Gegenstände immer noch ein Strafrahmen von 1—10 Jahren Zuchthaus besteht, so ist da-

Digitized by Google

gegen die Nothwendigkeit der Annahme einer qual. Brandstiftung, wenn zu §. 286 die Berücksichtigung mildernder Umstände zugelassen ist, von Erheblichkeit.

Solche liegt noch um so mehr vor, als die Brandlegung an eigenen Sachen der Brandlegung an fremden, so weit der Gegenstand bei letzterer eine Qualifikation begründen würde, ganz gleich gestellt ist.

Die vorsätzliche Anzündung des eigenen isolirt stehenden Wohngebäudes, bei welcher sich der Thäter vollkommen überzeugt hat, daß sich in dem Gebäude kein Mensch aufhält, noch mehr die vorsätzliche Anzündung einer eigenen Räumlichkeit, welche nur zu zeitweisem Aufenthalt bestimmt ist, zu einer Zeit, wo sich Menschen darin aufzuhalten pflegen, während in Wirklichkeit sich Niemand darin aufhält, ist mit einem Minimum von jedenfalls 1 Jahr zu hoch bedroht.

Bei eigenen Sachen müßte, wenn keine Gefahr in concreto verlangt wird, jedenfalls das Erforderniß einer Rechtswidrigkeit aufgestellt werden.

Will man dann bei zur Wohnung von Menschen dienenden fremden Gebäuden, Schiffen oder Hütten eine Gefahr in concreto nicht verlangen, weil immerhin ein Gegenstand von Bedeutung hier in Frage steht, so ist dagegen bei den übrigen Gegenständen als Erforderniß aufzustellen, daß sich zur Zeit der Anlegung oder des Ausbruchs des Feuers Menschen hierin aufhalten.

Ob sich hiebei mit der im Sachverhalt gelegenen — objektiven — Gefahr begnügt werden kann, oder ob eine Kenntniß derselben durch den Handelnden oder doch eine verschuldete Unkenntniß verlangt wird, ist je nach der Strafandrohung von besonderer Erheblichkeit. Bei dem Minimum von 1 Jahr Zuchthaus des Entwurfs ist ein großes Bedenken gegen ersteres nicht zu erheben, weil doch die hierunter begriffenen Gegenstände eine Hinweisung auf die Möglichkeit des Aufenthalts von Menschen in denselben geben und jedenfalls sich mit dem Bewußtsein der Möglichkeit und der Gefahr zu begnügen wäre.

Zu den übrigen Gegenständen sind auch die eigene Sache, insbesondere auch die zur Wohnung von Menschen dienenden Räumlichkeiten zu stellen, weil die Gefahr für Menschen bei solchen nicht geringer bestimmt werden kann, als bei nur zum zeitweisen Aufenthalt dienenden Räumlichkeiten. Die Gefahr für fremdes Eigenthum ist, so weit letzteres überhaupt erheblich ist, bei eigenen Sachen durch die mittelbare Brandstiftung berücksichtigt.

Aus dem Angeführten würde sich der Vorschlag ergeben:

a) in Ziffer 2 und 3 des §. 285 die Schlußworte: „Zu einer Zeit, zu welcher sich Menschen darin aufzuhalten pflegen" zu ändern: „in Brand

Digitized by Google

steckt, während zur Zeit der Anlegung oder des Ausbruchs des Feuers Menschen sich hierin aufhalten."

b) statt des Schlußsatzes: „In allen diesen Fällen macht es keinen Unterschied, ob die in Brand gesteckten Gegenstände Eigenthum des Thäters sind oder nicht" zu sagen:

„Im Fall der Z. 1 ist, wenn der in Brand gesteckte Gegenstand Eigenthum des Thäters ist, nöthig, daß sich zur Zeit der Anlegung oder des Ausbruchs des Feuers Menschen hierin aufhalten, in den Fällen der Z. 2. 3. macht es keinen Unterschied, ob die in Brand gesteckten Gegenstände Eigengenthum des Thäters sind oder nicht."

Außer den bisher berührten Qualifikationsgründen, welche dem Gegenstand entnommen sind, kennen einzelne Gesetzgebungen solche, welchen vorzugsweise die Rücksicht auf den bedeutenderen Werth des Gegenstandes zu Grunde liegt, wie nach den Gesetzgebungen von Baden und Braunschweig Gebäude, worin öffentliche Bibliotheken, Kunst- und Naturalien-Sammlungen oder Archive und Registraturen aufbewahrt werden — letztere auch herzogliche Residenzschlösser.

Bei einem Strafrahmen von 1—15 Jahren Zuchthaus, wobei als weitere höhere Strafe nur noch lebenslängliches Zuchthaus möglich ist, wird kein besonderes Bedürfniß vorliegen, die Residenzschlösser, welche doch zur Wohnung von Menschen bestimmte Gebäude sind, besonders hervorzuheben; auch die übrigen Gebäude werden häufig zur Wohnung bestimmte Räumlichkeiten mit umfassen oder einen Gegenstand der mittelbaren Brandstiftung für Wohnungen bilden, so daß auch bei ihnen kein besonderes Bedürfniß hierfür vorliegt.

Mit Rücksicht auf die in dem Gegenstande selbst gelegene erhöhte Gefahr für Menschen und Eigenthum ist in einigen Gesetzgebungen (Bayern 1813, Braunschweig, Hannover, Hessen, Baden, Sachsen-Altenburg, Thüringen) die Brandlegung an Gebäude, worin Pulvervorräthe verwahrt werden, Pulvermühlen und selbst Pulverwägen als qualifizirt behandelt. Allein auch bei solchen wird eine unbedingte Androhung von lebenslänglichem Zuchthaus nicht gerechtfertigt sein und ist deshalb eine Behandlung als qualifizirt nicht begründet.

Zu 3.) Die Gesetzgebungen theilen sich in drei verschiedene Auffassungen:

a) nicht alle Sachen, sondern nur Sachen, welche auch sonst überhaupt Gegenstand der Brandstiftung sind, kommen bei der mittelbaren Brandstiftung in Betracht (Baden).

b) alle Sachen, welche vermöge ihrer Beschaffenheit und Lage anderen, die als Gegenstand der qualifizirten Brandstiftung erklärt sind, das

Digitized by Google

Feuer mittheilen können, sind hiebei hervorgehoben (Baiern 1813, Württemberg, Thüringen).

c) alle Sachen, welche vermöge ihrer Beschaffenheit und Lage anderen, die als Gegenstand der Brandstiftung überhaupt gesetzlich bestimmt sind, das Feuer mittheilen können, sind berücksichtigt.

Eine Verschiedenheit besteht sodann insbesondere in subjektiver Hinsicht.

Während das bair. St. G. Buch von 1861 die Absicht verlangt, einen der zur Brandstiftung gehörigen Gegenstände durch die anderweitige Sache in Brand zu setzen, stellen die übrigen Gesetzgebungen dieses Erforderniß nicht auf.

Diese ordnen die Gleichstellung der mittelbaren Brandstiftung mit der unmittelbaren an: nur das sächsische St. G. B. schreibt, falls nicht die Absicht besteht, einen der gesetzlich hervorgehobenen Gegenstände durch die Anzündung der anderweitigen Sache in Brand zu setzen, bloß die Erhöhung der Strafe der Beschädigung fremden Eigenthums oder der sonst verwirkten Strafe bis um die Hälfte vor.

Der Entwurf bekennt sich zur Ansicht von c.) und verlangt, indem er die mittelbare Brandstiftung der unmittelbaren vollkommen gleichstellt, nur ein vorsätzliches Anzünden von eigenen oder fremden Sachen, welche vermöge ihrer Beschaffenheit und Lage geeignet sind, den als Gegenstand der Brandstiftung hervorgehobenen das Feuer mitzutheilen.

Bei diesem Standpunkte ist noch um so mehr nöthig, daß zu §. 286 die Möglichkeit gewährt ist, mildernde Umstände zu berücksichtigen.

Ob in subjektiver Hinsicht nicht noch mehr zu verlangen, ist später noch zu würdigen.

II. Die Thätigkeits-Aeußerung ist bezeichnet als ein „In Brand Stecken", das Verursachen eines Brandes der in §. 285—87 erwähnten Art. Hierunter ist nicht bloß die Erregung einer Flamme an den bezüglichen Gegenständen, sondern auch das Zerstören von solchen durch Feuer, welches nur glimmt, begriffen. Der §. 290 des Entwurfs stellt in Beziehung auf Gebäude, Hütten, Schiffe, Magazine oder andere Räumlichkeiten die Zerstörung durch Gebrauch von Pulver oder anderen explodirenden Stoffen gleich.

III. In subjektiver Hinsicht ist verlangt: ein vorsätzliches In-Brand-Stecken eines bei der Brandstiftung überhaupt in Betracht kommenden Gegenstandes oder eigener oder fremder Sachen, welche vermöge ihrer Beschaffenheit und Lage geeignet sind, jenem das Feuer mitzutheilen.

Außerdem ist nur negativ der Mangel des Vorsatzes zu tödten verlangt, weil bei Vorliegen dieses Vorsatzes „die Strafen des Mordes oder des Versuchs dieses Verbrechens" zur Anwendung kommen.

Letztere Bestimmung könnte wohl entbehrt werden, weil, soweit bei

Digitized by Google

einer Brandlegung Vorsatz und Ueberlegung mit der Richtung auf Tödtung eines Menschen besteht, jene somit als Mittel für diese dienen soll, die Strafbarkeit wegen Mordes von selbst gegeben ist. Zugleich ist die Bestimmung aber zu weit und in so fern nicht begründet, weil nicht unmöglich ist, daß die Brandlegung als Mittel zur Tödtung eines Menschen dienen soll, welche vorsätzlich, jedoch nicht mit Ueberlegung herbeigeführt wird. Z. B. Ein Streit mit einem Mädchen, welches dem Liebhaber den Eintritt verweigert, führt den Letzteren zu dem augenblicklich gefaßten und ausgeführten Entschluß, Brand zu legen mit der ausschließlichen oder wenigstens eventuellen Absicht das Mädchen zu tödten. — Hier können die Bestimmungen über Mord weder ausschließlich noch nach den Grundsätzen der idealen Konkurrenz zur Anwendung kommen.

Die Weglassung des vorletzten Absatzes des §. 285 wird deßhalb zu empfehlen sein.

Hauptfrage ist jedoch, ob neben der negativen Bestimmung noch eine weitere positive, als das bloß vorsätzliche Anzünden, gegeben werden kann und soll.

Daß nicht jedes vorsätzliche Anzünden, insbesondere von Sachen, welche nur wegen ihrer Beziehung zu Gegenständen der Brandstiftung mittelbar in Betracht kommen, unter die Strafbestimmungen trotz ihres allgemeinen Inhalts gestellt wird, ist gewiß. Wenn ein Grundeigenthümer vorsätzlich seine Stoppeln anzündet, welche vermöge ihrer Beschaffenheit und Lage geeignet sind, einem Andern gehörigen Früchten auf dem Feld oder Waldungen das Feuer mitzutheilen, so wird, wenn letzteres geschieht, doch nicht ohne Weiteres Brandstiftung angenommen werden. (Coll. leg. Mos. et Rom. Tit. XII. c. 7. Sed si stipulam in agro tuo incenderis ignisque pervagatus ad praedium vicini pervenerit et illud exusserit, Aquilia lex locum habeat, an in factum actio sit, fuit quaestio etc).

Wenn Jemand vorsätzlich in seinem Hause irgend einen Gegenstand — z. B. alte Papiere — verbrennt, welche dem Hause das Feuer mittheilen können, so wird auch nicht stets Brandstiftung vorliegen.

Sicher ist solche vorhanden, wenn die bezüglichen Sachen nur als Mittel zur Anzündung des weiteren Gegenstandes dienen sollen. Allein außer diesem Falle ist selbst möglich, daß der Handelnde das Bewußtsein hatte, daß die von ihm angezündeten Sachen einem zur Brandstiftung geeigneten Gegenstande das Feuer mittheilen können, ohne daß Brandstiftung anzunehmen ist. In den eben angeführten Beispielen wird Solches leicht zutreffen. Doch wäre es auf der anderen Seite zu weit gegangen, stets eine auf die Entstehung des Feuers an dem (mittelbaren) Gegenstande gerichtete Willensbestimmung, sei es auch nur eine eventuelle Billigung, zu verlangen,

Digitized by Google

weil eben hier das Moment der Gefahr zugleich ein strafrechtlich erheblicher Umstand ist. Die Schwierigkeit, welche bei gemeingefährlichen Verbrechen in subjektiver Hinsicht überhaupt besteht,

(Müller, Verbrechen gegen die materielle Integrität der Eisenbahnen S. 69 ff.

Osenbrüggen B. St. S. 122 ff.

Köstlin Criminal. Archiv 1856 S. 270 ff.)

findet eben auch hier statt. Thatsächlich wird das Näher-Gelegen-Sein des Eintritts der Verbreitung des Feuers, die rechtswidrige Absicht bei Anzündung des unmittelbaren Gegenstandes von Erheblichkeit sein. Ist eine ganz erschöpfende Bestimmung nicht möglich, so sollte doch wohl dasjenige, was mindestens stets nöthig ist, das Bewußtsein der Möglichkeit der Verbreitung des Feuers als Erforderniß aufgestellt werden.

Wenn

John Entw. S. 617 ff.

gegen die Aufnahme eines solchen Erfordernisses geltend macht, daß bei dem Bewußtsein, daß man mit Feuer umgehe, auch das Bewußtsein bestehe, daß man mit Feuer vorsichtig umgehen müsse, und daß die angebliche Unkenntniß des Geeignet-Seins einer vorsätzlich angezündeten Sache, einem anderen Gegenstande das Feuer mitzutheilen, als Behauptung eines Strafausschließungs-Grundes zugelassen werden könne, so kann insbesondere z. B. bei einem großen Raum zwischen den angezündeten Sachen und den Gegenständen der Brandstiftung das Geeignet-Sein der Mittheilung des Feuers vorliegen, ohne daß dem Einzelnen die Möglichkeit hiervon zum Bewußtsein kommt und die Berücksichtigung dieses Mangels des Bewußtseins erfolgt, wenn das Gesetz als Erforderniß das Bewußtsein nicht kennt, gegen den Inhalt des Gesetzes.

Die Frage, welche in subjektiver Hinsicht für den Thatbestand der Brandstiftung überhaupt zu erheben, kehrt auch wieder für die Fälle der qualificirten Brandstiftung, sofern es sich fragt, ob der Umstand, welcher einer Sache die Bedeutung des Gegenstandes einer qualificirten B. St. gibt, von dem Thäter gekannt sein muß.

In dieser Hinsicht ist bereits oben bemerkt, daß bei der in dem Entw. stattfindenden Strafandrohung kein besonderes Gewicht auf die Art der Beantwortung dieser Frage zu legen ist.

Die Fahrlässigkeit ist sodann in §. 289 berücksichtigt, wobei der Charakter der Brandstiftung als gemeingefährliches Verbrechen insbesondere dadurch zum Vorschein kommt, daß auch die culpose Erregung eines Brandes an einer eigenen Sache, so weit sie zu den in §. 185 bezeichneten gehört, hierunter zu stellen ist. (Zu vergl. auch §. 288 über betrügerische Absicht.)

Digitized by Google

Dem Ausgeführten zu Folge wäre die Aufnahme der Worte: „unter Kenntniß der Eigenschaft jener“ nach „mitzutheilen“ in §. 287 zu empfehlen.

IV. Ueber den Zeitpunkt der Vollendung, hinsichtlich dessen in der Theorie, wie in den Gesetzgebungen die verschiedensten Ansichten bestehen, gibt der Entw. in Uebereinstimmung mit dem pr. St. G. B. keine besondere Bestimmung.

Eine solche enthält auch nicht das bair. St. G. B. von 1861, welches nur nach dem Strafmilderungs-Grunde des Art. 381 „das ausgebrochene Feuer“ für genügend erklärt.

Das bair. St. G. B. von 1813 suchte dagegen den Zeitpunkt der Vollendung dadurch zu bestimmen, daß das In Brand Setzen genüge, wenngleich das Feuer nur geringen Schaden gestiftet habe, oder bald nach seinem Ausbruch wieder gedämpft worden sei. Der Ausbruch des Feuers galt, wie auch die Regelung der Wirkungen thätiger Reue beweist, als Zeitpunkt der Vollendung.

Die hierin gelegene Unbestimmtheit wurde von den übrigen Gesetzgebungen zu heben gesucht, indem verlangt wurde, daß das Feuer den anzuzündenden Gegenstand ergriffen hat. Hiebei bestehen Modifikationen in sofern, als einige, wie Sachsen-Altenburg, ausdrücklich für genügend erklären, wenn nur die Sache, welche geeignet ist, das Feuer auf einen Gegenstand der Brandstiftung zu verbreiten, von dem Feuer ergriffen wurde, oder, wie Hessen, dieses mittelbar dadurch bestimmen, daß als hinreichend bezeichnet wird, wenn das Feuer sich anderen Sachen außer den Brandmaterialien mitgetheilt hat, während die übrigen den anzuzündenden Gegenstand, die in Brand zu setzende Sache, oder wie Baden, den Gegenstand der Brandstiftung vom Feuer ergriffen verlangen.

Verschiedene Gesetzgebungen, wie Braunschweig, Baden, Thüringen, Sachsen stellen dem Entflammen des Gegenstandes das Ergriffen-Werden durch das Feuer mittelst des Glimmens gleich; Württemberg spricht diese Gleichstellung wenigstens für Waldungen und Torfmoore aus.

Die in der Theorie in neuester Zeit meist getheilte, vorzugsweise von Wornigen (Cr. Arch. 1843 S. 205 ff.) vertheidigte Ansicht, wonach die Vollendung stattfindet, wenn das Feuer gefährlich war, d. h. wenn nach gemeiner Erfahrung das Weiter-Brennen des Feuers natürlich und nothwendig ist, steht zu der überwiegend in der Gesetzgebung aufgestellten in dem Verhältniß, daß da, wo nach ihr Vollendung anzunehmen ist, meist auch nach jener Vollendung vorliegen wird, daß jedoch auch beide zu verschiedenen Ergebnissen führen können, daß bei nur unbedeutender Ergreifung des Gegenstandes durch das Feuer die Theorie die Vollendung verneinen kann, daß

Digitized by Google

aber ein vielleicht nur durch die Brennmaterialien entstandenes Feuer nach letzterer Auffassung, nicht aber nach der der Gesetzgebungen genügen kann.

Der Entwurf wird, wenn er auch keine ausdrückliche Bestimmung über Vollendung gibt, im Sinne des Inhalts der Gesetzgebungen auszulegen sein, weil ein „In-Brand-Stecken" verlangt ist. Daß die Gesetzgebung selbst bei dieser Frage Anhaltspunkte biete, ist insbesondere bei nicht gleichen Obergerichten wünschenswerth. Im Uebrigen ist, da der Ausdruck: Gefährlichkeit des Feuers mehrdeutig ist und doch vielfach Uebereinstimmung stattfindet, gegen eine solche Art der Regelung keine besonders erhebliche Einwendung zu machen.

V. Als Strafe droht der Entwurf für die nicht qualificirte Brandstiftung Zuchthaus von einem bis zehn Jahren, für die qualificirte Zuchthaus von einem bis 15 Jahren, und lebenslängliches Zuchthaus, wenn „in Folge der Brandstiftung der Tod eines Menschen erfolgt ist, der sich zur Zeit der That in einer der in Brand gesteckten Räumlichkeiten befand." Milderungsgründe kennt der Entwurf nicht.

Die höchste Strafandrohung „lebenslängliches Zuchthaus," welche an die Stelle der von dem pr. St. G. B. gedrohten Todesstrafe getreten ist, hat zwar in dem pr. St. G. B. und dem bair. Str. G. B. von 1813 nur die Voraussetzung, daß ein objektiver ursachlicher Zusammenhang zwischen Brandlegung und dem eingetretenen Erfolge besteht. Allein diese Auffassung des pr. St. G. B. fand (zu vergl. namentlich Dalke in Goldtammers Archiv Band XVI. S. 13 ff.) Widerspruch und wird von den übrigen Strafgesetzgebungen nicht getheilt, welche, soweit sie den Concurrenzfall regeln, überall fahrlässige Tödtung verlangen. — Sachsen-Altenburg: welche von dem Verbrecher vorauszusehen war, Oesterreich, Württemberg, Sachsen, Hessen: welche der Thäter vorhersehen konnte, Hannover: wenn der Brandstifter nach allen Umständen vermuthen konnte, daß Menschen in dem Gebäude waren, Baden: wenn der Thäter den Erfolg als wahrscheinliche Folge vorhersehen konnte. Hat der Entwurf eine ähnliche Auffassung auch sonst z. B. bei der Körperverletzung in §. 192, so kann dies entschieden nicht gebilligt werden, da die in dem höheren Strafmaaß gelegene strafrechtliche Verantwortung nur bei wirklichem Verschulden begründet ist.

Daß das Minimum für die nicht qualificirte Brandstiftung mit einem Jahre zu hoch gegriffen ist, wurde schon oben bemerkt.

Zu vermissen ist aber auch der Strafmilderungsgrund, welcher mit der thätigen Reue nach der That in fast allen neueren Strafgesetzgebungen verbunden wird. Baiern 1813, 1861, Sachsen-Altenburg, Württemberg, Braunschweig, Hannover, Hessen, Baden, Sachsen erkennen den Milderungs-

Digitized by Google

grund an, und ist derselbe innerlich mit Rücksicht auf die bei solcher Handlungsweise sehr verminderte Intensität der verbrecherischen Willensrichtung, wie im Hinblick auf das öffentliche Interesse durch Unterdrückung einer möglicherweise sehr bedeutenden Gefahr begründet.

Richtiger wird sein, nicht, wie einzelne Gesetzgebungen z. B. Sachsen-Altenburg, den Mangel jedes Schadens als Voraussetzung der eintretenden Milderung zu verlangen, sondern entweder den Mangel eines weiteren Schadens als des durch den Ausbruch des Feuers selbst verursachten oder (wie Sachsen) den Mangel eines erheblichen Schadens.

Daß überhaupt das Maximum der zeitlichen Zuchthausstrafe in Fällen von qualificirter Brandstiftung Anwendung findet, ist, zumal in der Behandlung des Rückfalls in dem allg. Theil, nicht zu beanstanden. Auf die Frage, ob das höchste Maaß der zeitlichen Zuchthausstrafe 15 Jahre überhaupt betragen soll, ob, da selten das höchste Maaß der Strafandrohung zur Anwendung kommt, nicht zu besorgen ist, daß durch zu niedrig bemessene Strafen keine genügende Reaktion gegen Verbrechen eintritt, ist hier nicht näher einzugehen.

Hiernach würde vorgeschlagen:

a) nach „Ist" im zweiten Absatze des §. 285 einzufügen „durch Fahrlässigkeit."

b) nach §. 288 einen §. des Inhalts einzuschalten: die in §. 285—288 angedrohten Strafen können auf Gefängniß herabgesetzt werden, wenn der Thäter das ausgebrochene Feuer auf der Stelle und ohne daß es einen erheblichen Schaden verursacht hat, selbst wieder gelöscht hat.

Digitized by Google

IV.

Gutachten des Herrn Professors Dr. Hermann Seeger aus Tübingen.

I.

Der Entwurf, dessen Besprechung die nachfolgenden Blätter gewidmet sein sollen, hat das preußische Strafgesetzbuch von 1851 als Muster gewählt. Beweggründe hiezu waren theils die Rücksicht auf den großen Umfang seines bisherigen Herrschaftsgebietes und die dadurch ermöglichte Durchbildung des in ihm enthaltenen Stoffes, theils die Annahme, daß es vermöge innerer Vorzüge besonders geeignet sei, der neuen Schöpfung als Grundlage zu dienen. In letzterer Hinsicht heben die Motive, „ohne über den größeren oder geringeren Werth der anderen in Deutschland geltenden Strafgesetzbücher absprechen zu wollen", namentlich die systematische Anordnung des preußischen Gesetzes im Ganzen, seine Oekonomie in den einzelnen Abschnitten und insbesondere seine gedrängte und knappe Gesetzessprache hervor (Seite 2). Weiter war Professor John in den Vorbemerkungen zu seinem Entwurfe [1]) S. 12 gegangen. Er hatte das preußische Strafgesetzbuch unumwunden für das beste erklärt, weil es das kürzeste sei und sich am Wenigsten einer schädlichen, mindestens überflüssigen Casuistik überlasse, weil die Begriffsbestimmungen der einzelnen Verbrechen am klarsten, am präcisesten und — abgesehen von Einzelnheiten — am correctesten seien.

Dieses Lob, welches das preußische Gesetz wesentlich seiner dem französisch-rheinischen nachgebildeten Methode verdankt, wird schwerlich die Zustimmung der Juristen finden, welche mit den auf rein deutscher Grundlage ent-

[1]) Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund. Von Dr. Richard Ed. John, ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Kiel (nun Göttingen). Berlin. Verlag von J. Guttentag. 1868.

Digitized by Google

ſtandenen Strafgeſetzbüchern und der nach ihnen gehandhabten Rechtspflege durch Heimat und Beruf näher vertraut ſind.[2]) Verhalte es ſich aber hiemit, wie es wolle, ſo kann bei dem gegenwärtigen Stande der Dinge kein Zweifel darüber ſein, daß jene für den Entwurf gewählte Grundlage auch im weiteren Verlaufe der Verhandlungen beibehalten werden wird. Gleichwohl iſt das Bedürfnis eingreifender Verbeſſerungen allgemein, auch im Entwurfe ſelbſt anerkannt, und damit ausreichender Spielraum gegeben, das in anderen Ländern Erprobte mit zu berückſichtigen. So iſt jedem Einzelnen, der zur Begutachtung des Entwurfes berufen wird, die Aufgabe geſetzt, neben den Ergebniſſen der Wiſſenſchaft vorzugsweiſe die Erfahrungen ſeiner eigenen Umgebung und den Inhalt der ihm nach Sinn und Wirkſamkeit am Zuverläſſigſten bekannten Landesrechte zur Vergleichung heranzuziehen. Bis jetzt iſt Diß vom Standpunkte des ſächſiſchen und des thüringiſchen Rechtes in den zwei. ſo eben erſchienenen Schriften von Held und Vollert geſchehen; der Verfaſſer der gegenwärtigen Arbeit wird, ſo weit Erfahrungen in Frage kommen, vorzugsweiſe die Wahrnehmungen berückſichtigen, welche er ſelbſt theils als Mitglied eines deutſchen Spruchcollegiums, theils bei der württembergiſchen Rechtspflege, namentlich auch im Berathungszimmer der Geſchworenen zu machen Gelegenheit hatte.

Von den bis jetzt erſchienenen Schriften über den Entwurf ſind dem Verfaſſer zugekommen:

Berner, Kritik des Entwurfs eines Strafgeſetzbuches für den norddeutſchen Bund, Leipzig 1869,

Binding, der Entwurf eines Strafgeſetzbuchs .... in ſeinen Grundſätzen, Leipzig 1869,

Fuchs (Profeſſor), Bemerkungen zu dem Entwurfe u. ſ. w., in Goltdammers Archiv für preußiſches Strafrecht, Bd. 17, 1869, September-Heft S. 626 — 639,

Fuchs (Staatsanwalt), kritiſche Bemerkungen zu den Geſetzentwürfen über Prozeßverfahren und Strafrecht für den norddeutſchen Bund, Breslau 1869,

v. Groß, Bemerkungen zu dem Entwurf eines Strafgeſetzbuchs u. ſ. w. in Holtzendorffs Strafrechtszeitung, Jahrg. 9, Heft 9, S. 465 ff.,

Häberlin, kritiſche Bemerkungen zu dem Entwurf eines Strafgeſetzbuchs u. ſ. w., Erlangen 1869,

Hälſchner, Beiträge zur Beurtheilung des Entwurfes u. ſ. w., Bonn

---

[2]) Vergl. bis jetzt in Bezug auf das ſächſiſche und das thüringiſche Recht die unten anzuführenden Schriften von Held und Vollert. — S. auch Goltdammers Archiv, Bd. XVII., November-Heft, S. 821, 822.

Digitized by Google

1870 (Festschrift der juristischen Facultät daselbst zu Bluhmes fünfzigjährigem Doctor-Jubiläum),

Heinze, staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen zu dem amtlichen Entwurf eines Strafgesetzbuchs u. s. w., Leipzig 1870,

Held, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuchs u. s. w., Dresden 1870,

von Krähwel, Bemerkungen zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs u. s. w., in Holtzendorffs Strafrechtszeitung, Jahrgang 9, Heft 11, S. 585—612.

Meyer, das norddeutsche Strafrecht. Eine Beurtheilung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs u. s. w., Halle 1869,

Poland, Bemerkungen zum Entwurfe eines Strafgesetzbuches u. s. w., Leipzig 1869,

Vollert, Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzbuchs u. s. w., Jena 1870.

Auf einzelne Abschnitte des Entwurfes beziehen sich:

Heinze, über Verbrechen gegen fremde Gemeinwesen, deren Güter und Angehörige. Beitrag zum internationalen Strafrecht und Vorarbeit für das Strafgesetzbuch des norddeutschen Bundes, in Goltdammers angeführtem Archiv, Bd. 17, August-, September-, Oktober- und November-Heft, Seite 556—568, 609—621, 673—683, 737—750.

Jessen, über Zurechnungsfähigkeit, Denkschrift zum Entwurfe eines Strafgesetzbuches .... Abschnitt IV., §§. 46 und 47, Kiel 1870,

J. von Rönne, die criminalistische Zurechnungsfähigkeit. Kritik der Paragraphen 46 bis 52 des Entwurfs eines Strafgesetzbuches, Berlin 1870,

C. von Stemann, die Vergehen der Unterschlagung und Untreue, Kiel 1870,

Schütze, zum dritten Abschnitt „von der Theilnahme an einem Verbrechen" im Entwurf eines Strafgesetzbuchs u. s. w., in Holtzendorffs Strafrechtszeitung, Jahrg. 9, Heft 10, Spalte 521 ff.,

Ueber das Strafensystem des Entwurfs ...., daselbst, Heft 12, S. 649.

Als frühere Vorarbeiten kommen namentlich das oben Anmerk. 1 genannte Werk Johns[3]) und die Abhandlungen von Dalcke, Beiträge zur Revision des preußischen Strafrechts, in Goltdammers Archiv für preußisches Strafrecht, Bd. 17, Januar-, Februar- und Juni-Heft, S. 3—16, 81—93, 393—405 in Betracht. Allgemeinere Ausführungen über Codification des

[3]) Besprochen in Goltdammers Archiv für preußisches Strafrecht, Bd. 17, Februar-Heft S. 148, 149, in Holtzendorffs Strafrechtszeitung, Jahrgang 9, Heft 3, Spalte 113 ff., Heft 3, Sp. 353 ff., Heft 8, Sp. 409 und (durch v. Krähwel) im Gerichtssaal, Jahrgang 20, Heft 6, S. 401—434.

Digitized by Google

Strafrechtes in Norddeutschland geben Berner in derselben Zeitschrift, Bd. 16, S. 817—822, Zachariä im Gerichtssaal, Jahrgang 21, Heft 6, S. 401—424.

Diese Schriften sind, soweit sie der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes bei der ihm auferlegten Eile benützen konnte[4]), im Folgenden je durch die Namen der Verfasser bezeichnet; im Uebrigen sind Abkürzungen der Citate durchaus in demselben Sinne wie von Hälschner in seinem preußischen Strafrechte (s. daselbst Bd. II., S. 13, 14, Bd. III., S. 7, 8) angewendet.

II.

Die Behandlung des Stoffes in einem Strafrechtsbuche hängt wesentlich von dem Verhältnis ab, in welches die allgemeinen Gedanken des Gesetzgebers zu der Mannigfaltigkeit der einzelnen Fälle gebracht sind. Hiebei kommen zwei Fragen in Betracht:

Soll der Gesetzgeber über die verschiedenartigen Grade der Verschuldung je nach seiner Ansicht über die Strafwürdigkeit besondere, bindende Anordnungen treffen, oder soll er sich auf allgemeine Normen beschränken, deren Anwendung auf das Einzelne völlig dem richterlichen Ermessen anheimfällt?

Sollen im Gesetze die strafbaren Handlungen einzeln angegeben oder nach allgemeinen Merkmalen der Verbrechensart und -Gattung bezeichnet werden?

In beiden Beziehungen läßt sich eine casuistische und eine generalisirende Behandlungsweise unterscheiden. Wenn übrigens dem preußischen Strafgesetzbuch als Grundlage der Entwürfe Enthaltung von Casuistik nachgerühmt wird, so gilt dies nur von dem ersteren Punkte, da einzelne Verbrechensbegriffe gerade im Gegensatze zum früheren deutschen Rechte mehrfach nicht durch logische Begriffsbestimmung nach allgemeinen Merkmalen, sondern durch Aufzählung der strafbaren Handlungen bezeichnet sind.

Eine wissenschaftliche Untersuchung der obigen ersten Frage[5]) muß von dem anerkannten Grundsatz ausgehen, daß die Größe der Strafe sich nach der in dem einzelnen Verbrechen bethätigten Rechtswidrigkeit, unter welcher

---

[4]) Für den hier vorliegenden ersten Artikel war Diß weit nicht im vollen Umfange möglich. Namentlich sind dem Verfasser die Schriften von Held, Vollert und Hälschner, die „Erörterungen" Heinzes und der Schluß seiner Abhandlung im Archiv erst unmittelbar vor der Absendung dieser Arbeit in die Druckerei zugekommen. Ebenso der vom 31. December 1869 datirte zweite (umgearbeitete) Entwurf selbst.

[5]) Die zweite wird, falls die Zeit dazu hinreichen sollte, später besonders erörtert werden.

Digitized by Google

die Gefährlichkeit mit begriffen ist [6]), richten solle. Hieraus ergiebt sich für den Gesetzgeber das Recht und die Pflicht, das gleichmäßige Verhältnis der Strafe zum Verbrechen nach seiner Ueberzeugung so weit durchzuführen, als Diß in der allgemeinen Form des Gesetzes möglich ist, d. h. so weit als die Werthschätzung der Verbrechen und Strafen auf allgemein gültigen Gründen beruht. Denn die gesetzgebende Gewalt und nur sie ist unter normalen Verhältnissen befähigt, allgemeine strafrechtliche Normen mit der menschlichen Kräften überhaupt erreichbaren Vollkommenheit zum Ausdrucke zu bringen. Sie allein kann zu diesem Zweck ein Zusammenwirken aller Derer herbeiführen, welche durch wissenschaftliche Bildung und Kenntnis des thätigen Lebens vorzugsweise dazu in den Stand gesetzt sind, den Inhalt des nationalen Rechtsbewußtseins und Rechtswillens darzustellen und in die logisch richtigen, wie dem Bedürfnis entsprechenden Folgesätze zu entwickeln. Der Antheil der Reichs- (oder Land-) Tage an der Gesetzgebung sichert die Mitwirkung der mannigfaltigsten Kräfte und gewährt den Staatsbürgern unbedingten Schutz gegen jeden nicht von ihren Vertretern genehmigten Eingriff der Strafgewalt in die Rechte der Einzelnen. Die durch das Strafgesetz begründete Abschreckung und Warnung vermag verbrecherische Neigungen im Keime zu ersticken und ist das gelindere Mittel, welches der wirklichen Anwendung der Strafe vorangehen soll. [7]) Die gesetzliche Feststellung des Strafrechtes verbürgt die Einhaltung des gleichmäßigen Verhältnisses zwischen Verbrechen und Strafen; denn die gemeinsamen, im Leben wiederkehrenden Merkmale der strafbaren Handlung bedingen die überall gleiche Norm des Gesetzes, während in Ermangelung einer solchen übereinstimmenden Grundlage die Verschiedenheit der einzelnen Richtersprüche ebensowohl auf abweichender Schätzung einer in Wahrheit gleichen Strafwürdigkeit als auf den Besonderheiten der einzelnen Fälle beruhen kann. Dagegen hat das richterliche Ermessen sein naturgemäßes Gebiet in der Bestimmung derjenigen Einzelnheiten, welche sich einer allgemeinen und gleichmäßigen Anordnung entziehen. Die Verfügungen des Gesetzgebers finden ihre Gränze an der Unmöglichkeit, die mannigfaltigen Lebenserscheinungen in erschöpfende allgemeine Sätze zu fassen und ausschließlich nach allgemeinen, im Voraus aufgestellten Normen zu beurtheilen; so weit aber, als Diß möglich ist, z. B. soweit die Abstufungen der Strafe bei bestimmten Verbrechen wirklich einem unter allen Umständen höheren oder geringeren Schuldgrad entsprechend auf-

[6]) Vergl. in letzterer Hinsicht Abegg, Strafrechtstheorieen, S. 65 f. und öfter, Hälschner, preuß. Strafrecht, Bd. II., §§. 60, 61, Geßler, Begriff und Arten des Dolus, §. 6, meine Abhandlungen aus dem Strafrechte, Bd. II., S. 102, Anm. 2.

[7]) Moneat lex poenalis, priusquam feriat. — Vergl. meine angeführten Abhandlungen, Bd. II., S. 97 zu und in Anm. 2.

Digitized by Google

gestellt werden können, bleibt dem Gesetzgeber die Aufgabe, seiner Ueberzeugung von der Größe der Strafwürdigkeit den entsprechenden Ausdruck zu geben und damit die durchgreifende Wirksamkeit zu sichern. Wollte er hierin sich selbst beschränken, um für die Behandlung der einzelnen Fälle einen weiteren Spielraum zu lassen, so würde die einzige Schutzwehr gegen Richterwillkür preisgegeben und überdiß der beabsichtigte Zweck nicht einmal auf die Dauer erreicht: denn der unwiderstehliche Trieb der menschlichen Natur, zwischen der Bestrafung der verschiedenen Verbrechen das der Größe der Schuld entsprechende Gleichmaaß herzustellen, führt die Gerichte überall, wo ein allgemeiner Regelung fähiger Punkt im Gesetz offen gelassen ist, auf die Ausbildung mehr oder weniger fester Thesen, welche dem Erfolge nach mit gleichem Ansehen wie das Gesetz, nur weniger sicher und gleichmäßig als dieses die Rechtspflege beherrschen.

In dieser Weise beruhte die neuere gemeinrechtliche Strafrechtspflege theils auf einem nahezu schrankenlosen Ermessen der Urtheiler, theils auf einem ungleichförmigen Gerichtsgebrauche, der sich in den landesherrlichen Collegien nach dem Wegfallen des durch die Actenversendung vermittelten Zusammenhanges mit der Literatur vielfach zu einer Art von Geheimkunde ausbildete. Die Erkenntniß der hiemit gegebenen Mißstände und die rechtsphilosophische Lehre Feuerbachs führte auf den entgegengesetzten Standpunkt: zu der weit getriebenen Einschränkung des richterlichen Ermessens in dem baierischen Strafgesetzbuch von 1813 und in der an dieses sich anschließenden Gruppe, welche durch das sächsische Criminalgesetzbuch von 1838, das württembergische Strafgesetzbuch von 1839, das Criminalgesetzbuch für Hannover von 1840 und das vielfach dem württembergischen folgende hessen-darmstädtische Strafgesetzbuch von 1841 gebildet wird. In dem Bestreben, die Ergebnisse der Wissenschaft und der in der Rechtspflege gemachten Erfahrungen durch gesetzliche Anordnungen sicher zu stellen, gelangten auch das badische Strafgesetzbuch von 1845 und das sächsische von 1855 zu einer sorgsamen und ausführlichen Behandlung mancher in's Einzelne gehenden Rechtsfragen.

Das casuistische Verfahren dieser Gesetzbücher wurde bald Gegenstand übertriebener, zum Theil ebenso kleinlicher als gehässiger Angriffe, und die letzteren sind durch die häufige Wiederholung zu einer gewissen Herrschaft in der strafrechtlichen Literatur gelangt, obwohl sie durch den wirklichen Zustand der Rechtspflege im Großen und Ganzen keineswegs begründet waren. [8])

---

[8]) S. z. B. über den aller Anerkennung werthen Stand der württembergischen Strafrechtspflege in der Zeit von 1839—1845 den reichen Stoff in Hufnagels be-

Digitized by Google

Zu wirklichen Unzuträglichkeiten führte erst die Einführung der Geschworenengerichte. Je mehr das Gesetz Art und Größe der Strafe von der eigenthümlichen Gestaltung des Thatbestandes abhängig macht, um so größer ist nicht blos die Zahl, sondern theilweise auch die Schwierigkeit der Rechts- und Beweisfragen, von welchen der Ausspruch über Schuld oder Nichtschuld abhängt; und gerade unter denjenigen, welche die feineren Unterscheidungen der Strafbarkeit betreffen, sind manche, die theils wegen ihrer Schwierigkeit, theils wegen der durch sie dargebotenen Versuchung zu einem Richten nach Gnade für die Entscheidung nicht-juristischer, namentlich ungebildeter und halbgebildeter Urtheiler wenig geeignet sind. In demselben Verhältnis steigert sich die Schwierigkeit der Fragenstellung und die Gefahr der Nichtigkeiten.

Angesichts dieser Misstände hat nun das preußische Strafgesetzbuch nach dem Muster des französischen Rechtes und unter dem Einfluß der rheinischen Juristen eine andere Behandlungsweise gewählt, und die letztere ist auch in den Entwürfen, obwohl namentlich in dem zweiten mit bedeutenden Aenderungen, beibehalten.

Diese Werke beschränken, wie Held S. 3 richtig sagt, den allgemeinen Theil auf die nothwendigsten positiven Bestimmungen, lassen im Uebrigen der Wissenschaft für ihre Fortentwickelung und für den Einfluß solcher auf die praktische Anwendung des Gesetzes freie Hand und unterlassen es einerseits, wissenschaftliche Streitfragen zu lösen, andererseits bekannte und feststehende allgemeine Begriffe in sich aufzunehmen. Demgemäß verzichtet man hier „auf allgemeine Vorschriften über Vorsatz, bestimmte und unbestimmte Absicht, Unbedachtsamkeit, Erfolg, Causalzusammenhang, Wahnverbrechen u. s. w.; selbst die Requisite der Vorsätzlichkeit und Widerrechtlichkeit werden meistens als selbstverständlich vorausgesetzt und in die einzelnen Strafbestimmungen nicht besonders aufgenommen“ (Held, S. 3 unten, 4 oben; vergl. in letzterer Hinsicht auch Binding, S. 53—58).

Im besonderen Theile sind manche wichtige Bestimmungen so getroffen, daß sie verschiedene Schuldstufen, theilweise sogar ein Zusammentreffen

---

kanntem Commentar (Berner, Strafgesetzgebung in Deutschland [Leipzig 1867], §§. 125, 127); sodann über die Wirksamkeit des dem (älteren) sächsischen Criminalgesetzbuch nachgebildeten thüringischen Strafgesetzes das Zeugnis Vollerts S. 2. Auch bei dem hessen-darmstädtischen Gesetzbuch scheint jedenfalls Frankfurt, dessen Strafrechtspflege dem Verf. als Mitglied des einen von den drei provisorischen Cassationshöfen (Strafproceßordnung von 1856, Art. 13, Abs. 2 und 3) aus eigener Erfahrung bekannt ist, sich im Ganzen wohl befunden zu haben.

Digitized by Google

zufälliger Erfolge oder Nebenumstände mit verbrecherischem Handeln in einer Strafdrohung begreifen. [9])

So bei der Körperverletzung. Der §. 198 des ersten Entwurfes drohte für gewisse schwere Beschädigungen Zuchthaus bis zu zehn Jahren, ohne zwischen der absichtlichen, fahrlässigen und zufälligen Bewirkung des Erfolges zu unterscheiden, und noch der zweite Entwurf trennt in den Strafbestimmungen nur die absichtliche und die unabsichtliche Herbeiführung jener Folgen (§§. 219, 220) [10]) — wogegen z. B. das württembergische und badische Strafgesetzbuch in den Strafrahmen, welche für die besonders herausgehobenen schwereren Beschädigungen aufgestellt sind, neben der auf den Erfolg gerichteten Absicht nur hohe Fahrlässigkeit in Bezug auf denselben mit begreifen (württembergisches Strafgesetzbuch, Art. 260, Z. 1—4, verglichen mit dem Schlußsatz, Art. 263, Z. 1—3 und zweiter Absatz; badisches §§. 225, 227, 232—234).

Bei der durch vorsätzliche Körperverletzung bewirkten Tödtung umfaßt der zweite Entwurf, §. 221, mit dem einen Strafrahmen von drei bis zu fünfzehn Jahren Zuchthaus die fahrlässige und die zufällige Herbeiführung des Erfolges und überdiß den anderwärts als dolus indeterminatus oder generalis bezeichneten Fall, wo der Thäter den tödtlichen Erfolg weder ausdrücklich in Bewußtsein und Willen aufgenommen, noch aus seiner Absicht ausgeschlossen, mithin die letztere weder auf Körperverletzung eingeschränkt noch mit bestimmtem Bewußtsein auf Tödtung erstreckt hatte (vergl. badisches Strafgesetzbuch, §. 228, Herrmann im N. A., 1856, S. 21—39, 450—463, Geib, Lehrbuch des Strafrechts, Bd. II., S. 256—258, Geßler, Begriff und Arten des Dolus, S. 111, Nr. IV., S. 148—153, 157—169, 209—216).

Sowohl bei der Körperverletzung als bei der durch solche verschuldeten Tödtung hat der Entwurf für Affect und Ueberlegung einen Strafrahmen (s. hierüber Berner, Kritik, S. 57—59), während das baierische Strafgesetzbuch von 1813, Art. 185, vergl. mit 179—182, das württembergische, badische u. s. w. bis zum neuen baierischen herab, und wenigstens bei leichter Verletzung selbst das preußische (§. 190) diese beiden Schuldstufen, wie

---

[9]) A. M. ist in letzterer Beziehung Binding, S. 62, 63 lit. e; allein s. die folgende Anmerkung.

[10]) Der von Berner, S. 55, 56, vorgeschlagenen Auslegung, wornach nur vorhersehbare Folgen zugerechnet werden sollen (vergl. auch Binding, S. 62, 63 lit. e) steht der bestimmte Wortlaut des preußischen Strafgesetzbuchs wie der Entwürfe entgegen. Um so gewisser freilich hätten die Verfasser der letzteren der offenbaren, hier vorliegenden Ungerechtigkeit durch den geeigneten Beisatz abhelfen sollen.

Digitized by Google

bei der vorsätzlichen Tödtung, unterscheiden (vergl. Berner, Lehrbuch §. 174a, Kritik, S. 57—59).

Die Strafbestimmungen über den Diebstahl sind in §. 237 des zweiten Entwurfes, wie im französischen Recht, ohne Rücksicht auf den Werth des Entwendeten getroffen, während nicht blos die peinliche Gerichtsordnung, Art. 157, 158, 160, sondern alle von dem preußischen Gesetz unabhängigen neueren deutschen Landesrechte dem Betrage des Gestohlenen einen jedenfalls bedeutenden Einfluß auf die gesetzliche Abstufung der Strafdrohungen einräumen (vergl. Köstlin, Abhandlungen, S. 250—252). Der in den Motiven S. 164 angegebene Grund, daß bei der Berechnung jenes Werthes erhebliche Streitfragen auftauchen, welche eine sichere Anwendung des Gesetzes gefährden, hätte folgerichtig vielmehr zu einer gesetzlichen Entscheidung dieser bei der Ausmessung der Strafen ja doch wiederkehrenden Streitfragen führen sollen und kann nur den Sinn haben, daß man die Beantwortung derselben der Nichtigkeitsklage und dem Cassationshof entziehen und den jedesmal in erster, beziehungsweise zweiter Instanz urtheilenden drei oder fünf Richtern ausschließlich überlassen wollte.

Sodann ist, abermals nach dem code pénal, der Eintritt des Schärfungsgrundes, welcher in §. 218, Z. 6 des ersten, §. 238, Z. 5 des zweiten Entwurfes genannt ist, nur von der äußeren Thatsache abhängig gemacht, daß der Dieb oder einer der Diebe oder einer der Theilnehmer am Diebstahle Waffen bei sich führte, während die peinliche Gerichtsordnung Art. 159 nach richtiger Auslegung und die meisten deutschen Landesgesetze, z. B. das baierische von 1813, Art. 221, Z. 6, das württembergische, Art. 324, Z. 2, überdiß eine mindestens eventuelle Absicht, von der Waffe Gebrauch zu machen, verlangen (vergl. hiezu Köstlin, Abhandlungen, S. 294, 296 f., Hälschner, preußisches Strafrecht, Bd. III., S. 477—480, Prof. Fuchs, S. 636).

Der Begriff der Waffe ist hier, wie sonst, unbestimmt gelassen, also möglicher Weise ganz der Entscheidung der Geschworenen oder der in erster, beziehungsweise zweiter Instanz urtheilenden Rechtsgelehrten anheimgegeben und der Würdigung des Cassationshofes entzogen. Ebenso eine Reihe anderer im neunzehnten (früher zwanzigsten) Abschnitte vorkommender Begriffe, welche sogar das preußische Strafgesetzbuch definirt hatte, z. B. die des umschlossenen Raumes, des falschen Schlüssels, des Einsteigens und des Einbrechens. Die Motive S. 164 machen hiefür geltend, daß diese Begriffe dem gemeinen Leben angehören und ohne gesetzgeberische Erklärungen dem Verständnis des Laien zugänglich und darum in Schwurgerichten auch ohne Legaldefinition werden gehandhabt werden können, sodann, daß sich in der Rechtsprechung des gemeinen Rechtes keine Lücke gezeigt habe, so lange sie

Digitized by Google

auf Grund des Art. 159 der Carolina den Diebstahl mittelst Einsteigens oder Einbruches bestraft habe. Allein die lückenhafte Bestimmung der peinlichen Gerichtsordnung war durch einen mehr als halbtausendjährigen, bis zur feinsten Casuistik ausgebildeten Gerichtsgebrauch ergänzt (s. z. B. über dessen neueste Gestaltung in Württemberg Knapp, württemb. Criminalrecht, Abtheilung 2, Heft 1 [1829], S. 311, Z. 5, S. 314—318, 338—340), und gleichwohl blieben noch Streitfragen übrig, wie die nur mit dem Aufgebote größter Gelehrsamkeit annäherungsweise lösbare über den Sinn des Begriffes „Behaltung". [11]) Was die Gemeinverständlichkeit jener Begriffe betrifft, so wird jeder Begriff durch seine Aufnahme in das Strafgesetz Gegenstand der Auslegung, und zu der letzteren reicht die gewöhnliche Lebenserfahrung nur in den einfachsten Punkten aus; ein Blick auf die täglich vorkommenden Rechtsfälle, sowie z. B. auf die Abhandlung Wächters in Weiskes Rechtslexikon, Bd. III., s. v. Diebstahl, auf Schwarzes Werk über den ausgezeichneten Diebstahl zeigt, wie oft zu der Lösung der hier auftauchenden Fragen die Hülfsmittel der Rechtswissenschaft und juristisches Denken erfordert werden. Jedenfalls aber wäre der Erfolg des von dem Entwurf eingeschlagenen Verfahrens auch hier leicht Ausschließung des Cassationshofes von der materiell-rechtlichen Beurtheilung, wozu doch gerade er bei richtiger Besetzung vorzugsweise befähigt ist.

Bei der Brandstiftung und der gemeingefährlichen Bewirkung einer Explosion soll nach §. 304 Z. 1 und §. 307 des zweiten, §. 285 zweitem Absatz, §. 290 des ersten Entwurfes lebenslängliche Zuchthausstrafe dadurch begründet werden, daß in Folge des Verbrechens ein Mensch, welcher sich mit Wissen des Thäters (s. §. 57 [52]) zur Zeit der That in der angezündeten, beziehungsweise durch die Explosion zerstörten Räumlichkeit befand, das Leben verloren hat. [12]) Für einschränkende Auslegung dieses Satzes kann

---

[11]) Vergl. einerseits Geib im N. A., 1847, S. 357—389, 521—566, andererseits Köstlin, Abhandlungen, S. 276—283.

[12]) Mehrere deutsche Gesetzbücher lassen, wenn durch den Brand ein Mensch das Leben verloren hat, Todesstrafe eintreten — und zwar das preußische wieder nach dem Vorgange des französischen allgemein, das österreichische §. 167 lit. a, das hessendarmstädtische Art. 411, Z. 1, das sächsische von 1855, Art. 109, Z. 1 a, wenn jener Erfolg vom Brandstifter vorhergesehen, das badische Art. 558, wenn er als wahrscheinliche Folge der Brandstiftung vorausgesehen werden konnte, das hannöverische Art. 183, Nr. II., wenn der Brandstifter nach allen Umständen vermuthen konnte, daß Menschen in den angezündeten Gebäuden waren. S. übrigens auch braunschweigisches Strafgesetzbuch §. 204 nebst den Motiven hierzu (Ausgabe von Breymann, S. 296 f.), baierisches Strafgesetzbuch von 1861, Art. 347, vergl. mit dem Entwurfe von 1854, Art. 327, Abs. 2. — Nach dem württembergischen Gesetze vom 13. August 1849, in Verbindung mit Art. 378, Ziffer 1 a des Strafgesetzbuches, dem thüringi-

Digitized by Google

geltend gemacht werden, daß bei den sonstigen gemeingefährlichen Verbrechen (§§. 309, 312 und 320 je Abs. 2, §. 319 Abs. 1, §§. 320, 321 des zweiten, §§. 291, 295 und 303 je Abs. 2, §§. 304 und 306 je Abs. 1 des ersten Entwurfes nach der durch §. 57 (52) begründeten Auslegung Bewußtsein der Gefahr für das Leben Anderer verlangt ist; allein die analoge Anwendung dieses Erfordernisses auf die Brandstiftung ist keineswegs sicher — zumal da die Beschränkung auf den Fall, daß der Getödtete sich in den genannten Räumlichkeiten befand, ungeachtet des auf S. 179 f. der Motive Gesagten immer noch auf eine Vermuthung jenes Bewußtseins hinzuweisen scheint. [13])

Als weitere Beispiele überwiegender Rücksichtnahme auf die objective Gefährlichkeit nennt Held S. 8 bei seiner Vergleichung des Entwurfes mit dem sächsischen Strafgesetzbuche von 1855 den Mangel einer Unterscheidung, ob die vorsätzliche und widerrechtliche Vermögensbeschädigung aus Bosheit oder Muthwillen unternommen werde, oder ob sie nur das unerlaubte Mittel zur Verfolgung eines wirklichen oder vermeintlichen Rechtes (unerlaubte Selbsthülfe) bilde, ob der untreue Beamte in Eidespflicht stehe oder nicht (§. 336 des ersten Entwurfes), sowie die Begränzung des Einflusses, welchen thätige Reue zu Gunsten des Thäters ausübt, auf die Fälle des Versuchs (§. 37) und des fahrlässigen Meineides (§. 141). [14])

Fassen wir das Bisherige zusammen, so bestätigt sich auch hier der Satz, daß die geschichtliche Entwickelung des menschlichen Geistes in der Wellenlinie erfolgt und die Fortschritte dabei in der Verkleinerung der Abweichungen von dem Richtigen bestehen. [15]) Die fast schrankenlose Alleinherrschaft des gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauches und willkürlichen Ermessens wurde von den älteren Landesgesetzen abgelöst, welche so Viel als nur irgend möglich war dnrch bindenden Befehl zu ordnen suchten; die jetzt vorherrschende Gegenwirkung wider das letztere Verfahren ist der durch die angeführten Beispiele erläuterte Anschluß an die französische Methode der Gesetzgebung, wobei die Entwürfe allerdings einige längst offenkundige Misstände

---

schen Strafgesetzbuch Art. 161, Ziffer 1, und dem oldenburgischen Art. 262 ist die Strafe, wenn irgend ein Mensch durch den Brand das Leben verloren hat, lebenslängliches Zuchthaus, wozu übrigens die beiden ersteren Gesetze von Seite des Thäters die Möglichkeit, jene Folge vorauszusehen, fordern.

[13]) Allerdings wird wohl in den weitaus meisten Fällen diese Vermuthung zutreffen und die obige Frage als unerheblich wegfallen. Doch lassen sich auch andere denken; namentlich etwa der, daß der Verunglückte von dem Brandstifter gewarnt oder etwa gar im Einverständnis mit demselben gewesen und das Opfer eigener maaßloser Sorglosigkeit oder irgend eines außerordentlichen Zufalles geworden war.

[14]) S. übrigens jetzt auch §. 307 des zweiten Entwurfes.

[15]) Roscher, Ansichten der Volkswirthschaft (1861), S. 50 f.

Digitized by Google

(s. z. B. oben Anmerkung 12, Motive S. 180, S. 5 Nr. IX.—XI., XIII.) in anerkennenswerther Weise beseitigt haben.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, das der Gesetzgeber durch die letztere Behandlungsweise des Stoffes das Verfahren mit Geschworenen wenigstens äußerlich um Vieles erleichtert.

Die größten Schwierigkeiten machen hier z. B. bei Tödtung und Körperverletzung die Fragen, welche sich auf die Begriffe des dolus indeterminatus, alternativus und eventualis, auf die Unterscheidung des letzteren von der bewußten Fahrlässigkeit, auf das Zusammentreffen verbrecherischer Absicht mit Fahrlässigkeit in einer und derselben Thätigkeit (culpa dolo determinata) beziehen. Als nahezu unbrauchbar haben sich für die Anwendung in den Geschworenengerichten diejenigen gesetzlichen Bestimmungen erwiesen welche die hier vorkommenden Schuldstufen vollständig erschöpfen wollen. So hat die Unterscheidung zwischen drei Stufen der Fahrlässigkeit bei der durch vorsätzliche Körperverletzung verschuldeten Tödtung in den Art. 246, 247 des württembergischen Strafgesetzbuches zuverlässigem Vernehmen nach die Wirkung, daß die Geschworenen sich verhältnißmäßig selten entschließen die höchste oder die mittlere Verschuldung zu bejahen. In Baiern wurde schon 1850 darüber geklagt, „daß die Geschworenen oft bei sehr schweren, „mit Vorbedacht beigebrachten Verletzungen die Nicht-Wahrscheinlichkeit „der Voraussicht des Todes" (vergl. Gesetz vom 29 Aug. 1848 Art. 5) „aussprechen und dann eine Arbeitshausstrafe von wenig Jahren für sehr „grelle Tödtungsfälle eintreten müsse."[16]) Ebenso mag es den Geschworenen oft bedenklich sein, sich bei einer schweren, z. B. mit Verlust des Sehvermögens, des Gehörs oder der Sprache verbundenen Körperverletzung darüber auszusprechen, ob der Thäter gerade diesen Erfolg beabsichtigt, beziehungsweise als sehr wahrscheinlich vorausgesehen habe (vergl. z. B. württemb. Strafgesetzbuch Art. 260 Z. 1 und 2 mit dem Art. 219 [198] des Entwurfes). Beim Diebstahle gestaltet sich die Frage nach dem im Tragen einer Waffe liegenden Schärfungsgrunde, wie der Verfasser selbst in einer vorgekommenen Straffache als Obmann der Geschworenen zu erfahren hatte, erheblich schwieriger durch das oben erwähnte Erfordernis einer (mindestens bedingten oder eventuellen) Absicht von der Waffe Gebrauch zu machen. Ebenso wird die Beschuldigung durch eine gemeingefährliche Handlung den Tod eines Menschen herbeigeführt zu haben, nach den Landesgesetzen, welche dabei den Nachweis einer jenem Erfolge zu Grunde liegenden Fahrlässigkeit ver-

---

[16]) Sitzungsberichte der baierischen Strafgerichte, Bd. II. (1850), S. 75, mit Berufung auf den daselbst, Bd. I. (1849), S. 372 f. besprochenen Rechtsfall.

Digitized by Google

langen, unter Umständen schwerer durchgesetzt werden als nach dem preußischen Strafgesetzbuch und dem §. 304 Z. 1, §. 308 des zweiten Entwurfes.

Soweit nun von der Erleichterung der Rechtspflege in den Geschworenengerichten die Möglichkeit sachgemäßer Entscheidungen abhängt, müssen gegenüber dieser Sicherung gerechter Urtheile die Bedenken wider die entsprechende Erweiterung des Ermessens zurücktreten, da es nun einmal nicht möglich ist, sämmtliche Vortheile, die sich aus entgegengesetzten Grundgedanken ergeben können, mit einander zu vereinigen. Schlechthin aber muß in solchen Fällen gefordert werden, daß die Strafrahmen weit genug seien, um überall ein gerechtes Urtheil zu ermöglichen, und daß nur die zurechenbaren Umstände auf die Strafe Einfluß ausüben.

Gegen diese Forderung verstoßen mehrere auch im zweiten Entwurfe beibehaltene Bestimmungen. So die §§. 198, 199 des ersten und die §§. 219, 221 des zweiten Entwurfes, obwohl der §. 221 eine bedeutende Milderung gegenüber seiner früheren Fassung (als §. 199) enthält. Wer eine unbedeutende Thätlichkeit („Mishandlung") beabsichtigte, verdient nicht ein, beziehungsweise drei Jahre Zuchthaus deßhalb, weil eine schwere Verletzung (§§. 198, 219) oder der Tod des Verletzten (§§. 199, 221) durch eine geringe Fahrlässigkeit des Thäters oder gar durch einen zufälligen Umstand, z. B. durch eine eigenthümliche, dem Letzteren unbekannte Leibesbeschaffenheit des Beschädigten, etwa außergewöhnliche Dünne seiner Hirnschale[17]) herbeigeführt worden ist, und die Zulassung mildernder Umstände (§. 223 des zweiten Entwurfes) kann hier nicht als die begriffsmäßig richtige und vollkommen sichernde Abhülfe betrachtet werden. Der höchste Betrag des in §. 237 (216) festgesetzten Strafrahmens genügt nicht Diebstähle von sehr hohem Betrage so zu ahnden wie es dem Bedürfnis der bürgerlichen Gesellschaft und dem gerechten Verhältniß zu den meisten in §. 238 (218) aufgestellten Strafschärfungsgründen entspräche;[18]) die Ziffer 5 des §. 238 (Ziffer 6 des früheren §. 218) sollte auf die Fälle, in welchen das Waffenführen die oben bezeichnete Beziehung zu der Absicht des Diebstahles hatte beschränkt, die Drohung des lebenslänglichen Zuchthauses in §. 304, Z. 1 (285 Abs. 2) und in §. 308 (290) sollte für die Fälle ausgeschlossen sein, in welchen der Tod eines Menschen nur eine zufällige, nicht einmal auf einer Fahrlässigkeit des Thäters beruhende Folge der Brandstiftung ist.

Allein auch im Uebrigen darf im Hinblick auf die noch bevorstehenden Verhandlungen und im Gegensatze wider eine sehr verbreitete Ansicht noch-

---

[17]) Vergl. den Rechtsfall in den Sitzungsberichten der baierischen Strafgerichte, Bd. II. (1850), S. 71—74, Osenbrüggen, Casuistik des Criminalrechts, S. 36 f.

[18]) Vergl. Berner, S. 71, Meyer, S. 72, Prof. Fuchs, S. 635.

Digitized by Google

mals daran erinnert werden daß der Verzicht des Gesetzgebers auf die Regelung solcher Punkte welche allgemeiner Anordnung fähig sind für den Rechtszustand keineswegs in allen Beziehungen günstig wirkt.

Ein Gesetz, welches mit abstracten Normen durchgreift, hat allerdings häufig nicht bloß die Kürze, sondern auch eine gewisse Strenge und Vornehmheit des Ausdruckes vor denjenigen voraus welche mehr in Besonderheiten eingehen. Allein man muß sich ebensowohl hüten, auf diese Vorzüge das entscheidende Gewicht zu legen, als die Bedingungen für hohe Blüthe der Rechtswissenschaft mit einem gesicherten und befriedigenden Rechtsleben zu verwechseln.

Kürze oder „Knappheit" des Gesetzes ist ein Vorzug nur insoweit als es seine Verfügungen auf Dasjenige was allgemeiner Anordnung fähig ist einschränkt und die darüber hinausliegende Bestimmung des Einzelnen dem richterlichen Ermessen überläßt. Die Ueberschreitung dieser Grenze war gemeint, wenn man dem älteren bairischeu und den aus ihm hervorgegangenen Gesetzbüchern theils mit Recht, theils mit Unrecht übermäßige Casuistik verwarf. Verzichtet aber das Gesetz auf die volle Erfüllung der ihm nach dem Obigen zufallenden Aufgabe, so kommt die hiemit gegebene Unbestimmtheit seines Inhaltes weit nicht in dem Umfange, wie man auf den ersten Blick etwa glauben möchte, der freien Würdigung des einzelnen Falles zu gut. Vielmehr pflegt mindestens ebenso häufig eine nicht immer auf selbstständiger Prüfung beruhende Benützung einzelner Lehrbücher, der Normalienhefte und Präjudiciensammlungen in die Lücke zu treten. So war die gemeinrechtliche Strafrechtspflege z. B. in Württemberg, wie das oben S. 83 angeführte knappische Werk zeigt, unter dem Namen der Praxis (des Gerichtsgebrauches) von eben den casuistisch ausgesponnenen Normen beherrscht, welche zu einem guten Theil in dem Strafgesetzbuche von 1839 codificirt sind. Derartige Zustände können gegenüber den formellen Vorzügen gesetzlicher Anordnung — der Sicherheit, Bestimmtheit und gleichmäßigen Geltung für das ganze Gebiet — da gerechtfertigt sein wo die Gerichte den Organen der Gesetzgebung an den zur Rechtserzeugung erforderlichen Eigenschaften überlegen sind: so in Rom bis auf die spätere Kaiserzeit herab, so nach glaubhafter Versicherung in den einzelnen Staaten der nordamerikanischen Union, so auch in Deutschland, als die Reichsgesetzgebung ruhte, dagegen die Strafrechtspflege in den Händen der Juristenfacultäten war, also von den ersten Kennern des Faches in der vollen durch die alte corporative Verfassung der Hochschulen verbürgten Unabhängigkeit gehandhabt wurde.

Heut zu Tag aber und zumal in dem norddeutschen Bunde haben sich diese Verhältnisse auf der einen und der andern Seite gänzlich geändert.

Bei der heutigen Verbreitung rechtswissenschaftlicher Bildung haben die

Digitized by Google

Verfasser der Gesetze die Gedankenarbeit und die Erfahrungen von zwei Jahrtausenden vor sich; die mannigfaltigsten Kräfte — und unter ihnen die bedeutendsten der Nation — sind auf den ersten Ruf bereit zu dem gemeinsamen Werke beizusteuern, was wissenschaftliche Forschung und Kenntnis des Lebens zu bieten vermögen; und der Reichstag des Bundes hat sich in seinen bisherigen Gesetzgebungsarbeiten nach allen Seiten hin als würdige Vertretung eines hochgebildeten und sittlich denkenden Volkes bewährt.

Andererseits begründet bei der heutigen Gerichtsverfassung die Zusammensetzung der Spruchbehörden nicht, wie früher, die Erwartung, daß gerade sie die zur näheren Ausbildung des Rechtes befähigtsten Organe sein werden. Die vielbelobte Kürze, Knappheit und Einfachheit der Gesetze hat den Erfolg, einen guten Theil des materiellen Strafrechtes dem Collegium, welches unter den Gerichten Vertreter der höchsten rechtswissenschaftlichen Bildung ist, dem Cassationshofe, zu entziehen; und schwer verständlicher Weise erblicken hierin die Motive S. 164 (s. ob. S. 82) sogar einen Vorzug, während von anderer Seite gerade umgekehrt jener Behandlungsweise in der sächsischen ersten Kammer — ich vermag nicht zu sehen, mit welchem Rechte — vorgeworfen worden sein soll, daß sie dazu dienen werde die Gründung eines obersten Bundesgerichtshofes als nothwendig darstellen zu können.

In gewissem Umfang allerdings wird die gesetzliche Durchbildung des materiellen Strafrechtes der oben mehrfach angedeuteten Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse eines Verfahrens mit Geschworenen weichen müssen.[19] Eine andere Begränzung ihrer Wirksamkeit durch die Art und Weise der Fragenstellung, etwa Einschränkung der Geschworenen auf die Beurtheilung der reinen Thatsachen oder auf die möglichst concret gefaßten Merkmale des Verbrechensbegriffes mit Ausschließung der Schärfungs- und Milderungsgründe würde nicht Viel ändern; denn die gewöhnlichen Geschworenen pflegen sich, wie dem Verfasser aus einiger Wahrnehmung bekannt ist, aller Instructionen und Abmahnungen ungeachtet, weit weniger an den Wortlaut der gestellten Fragen, als an ihre eigenen Vermuthungen über das schließliche Ergebnis zu halten, auf welches ihre Aufmerksamkeit nicht etwa bloß durch den Vertheidiger, sondern auch durch Unberufene leicht hingelenkt werden kann.

Die einzige Abhülfe könnte, solange das Geschworenengericht in seiner jetzigen Gestalt besteht, durch freiwillige Unterordnung der Geschworenen unter die Belehrung des Schwurgerichtshofes, beziehungsweise seines Vorsitzenden, hergestellt werden. Allein dieser in England durch eine siebthalbhundert-

---

[19]) Vergl. übrigens auch die Bemerkungen Geßlers, über den Begriff und die Arten des Dolus, Tübingen 1860, S. 169, 170.

Digitized by Google

jährige Uebung geheiligte freiwillige Verzicht der Geschworenen auf die schrankenlose Ausübung ihrer Gewalt kann nicht von oben geboten werden und beruht dort auf Voraussetzungen, welche in Deutschland nicht bestehen und zum Theile sich auch nicht herstellen lassen: auf der der durch die kleine Zahl der hohen Richterämter bedingten Möglichkeit dieselben mit den allerausgezeichnetsten Kräften zu besetzen, auf der im ganzen Volke verbreiteten Verehrung vor jenen Aemtern und ihren gesellschaftlich weit über der Mehrzahl der Geschworenen stehenden Inhabern und auf der Wirkung des reinen Anklageverfahrens den Vorsitzenden als an der Verfolgung des Beschuldigten und an der Sammlung des thatsächlichen Stoffes völlig unbetheiligt erscheinen zu lassen.[20])

III.

Der §. 2 der Entwürfe zieht die Folgerungen aus der Positivität des Strafrechtes und verbindet hiemit sachgemäß die Bestimmung über die rückwirkende Kraft milderer Gesetze.

In Uebereinstimmung mit dem preußischen und französischen Gesetzbuche bestimmt der erste Absatz des §. 2:

> „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde."

Hiemit ist einerseits die Bestrafung solcher Handlungen, für welche überhaupt keine Strafe gesetzlich bestimmt ist, andererseits die Anwendung einer später bestimmten Strafe auf eine früher begangene Handlung ausgeschlossen. [21])

---

[20]) Vergl. meine Abhandlung über das Verhältnis der Strafrechtspflege zum Gesetz im Zeitalter Ciceros, Tübingen 1869, S. 4, 5, 54, 55 (Festschrift der Tübinger Juristenfacultät zu Wächters Amtsjubiläum, S. 96, 97, 146, 147).

Das Gegengewicht gegenüber der richterlichen Gewalt wird in England, soviel der Verfasser von gebildeten Nichtjuristen dieses Landes erfahren konnte, nicht sowohl in der Jury als in der öffentlichen Meinung gefunden, welcher die Tagespresse in wohl abgefaßten Sitzungsberichten den Stoff liefert. — Bei der Bereitwilligkeit der Geschworenen, sich der Rechtsbelehrung des vorsitzenden Richters unterzuordnen, ist das Geschworenengericht in England schwerlich ein unüberwindliches Hinderniß für eine feinere Durchbildung der Strafgesetzgebung, welche bis jetzt die formellen Vorzüge der festländischen Codificationen entbehrt, und insbesondere für die Verbesserung, welche in der dem ersten norddeutschen Entwurfe beigefügten Denkschrift über die Todesstrafe S. 56 ff. besprochen ist.

[21]) Vergl. hierüber besonders Wächter im N. A., 1844, S. 413—436, 535—558, Köstlin, System, S. 55, 59—63, Hälschner, preußisches Strafrecht, Bd. II. S. 88—93, Berner, Lehrbuch, S. 224, Z. 2.

Digitized by Google

Der erstere Satz pflegt in unseren Gesetzbüchern eine prägnante Bedeutung zu haben, vermöge welcher durch ihn die Anwendung der Analogie zwar nicht ausgeschlossen, aber erheblich beschränkt wird. Die meisten deutschen Gesetze wollen damit die Vervielfältigung der strafbaren Handlungen überhaupt verbieten, d. h. aussprechen, daß Handlungen, welche im Gesetze nicht als strafbar bezeichnet sind, nicht etwa deshalb bestraft werden dürfen, weil hiefür derselbe Grund wie bei ähnlichen, mit Strafe bedrohten Handlungen vorliege. Nach dem württembergischen Strafgesetzbuche, bei dessen schließlicher Feststellung die Frage über Zulässigkeit und Umfang der Analogie am klarsten und vollständigsten behandelt worden ist [22]), dürfen überdiß Strafschärfungsgründe, welche das Gesetz für bestimmte Fälle aufstellt, nicht zufolge Gleichheit des Grundes auf andere ähnliche Handlungen angewendet werden. [23])

Auch der Entwurf will, wie die Motive S. 11 unten sagen, durch den obigen Satz die analoge Anwendung von Strafgesetzen ausschließen. [24]) Nach den Worten des Gesetzes kann Diß aber nur auf die beiden genannten Einschränkungen der Analogie bezogen werden; auf die zweite deshalb, weil bei analoger Ausdehnung eines Strafschärfungsgrundes die betreffende Hand-

---

[22]) Diß ist längst von Wächter im N. A., 1844, S. 550—552, Köstlin, System, S. 63 zu Anmerk. 5, hervorgehoben worden.

[23]) Adresse der Ständeversammlung (sog. Schluß-Adresse) vom 19. October 1839 und königliches Rescript („Endresolution") vom 21. desselben Monates je zum Artikel 1 des Gesetzes, abgedruckt bei Hufnagel, Strafgesetzbuch mit Anmerkungen, S. 471, 473. Vergl. hiezu Wächter im N. A., 1844, S. 548—558.

[24]) Binding S. 50, 51 behauptet, daß der Entwurf von den Motiven nicht verstanden worden sei und weder in §. 2 noch überhaupt irgendwo Analoga von Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen — welche als solche keine Verbrechen, Vergehen oder Uebertretungen im Sinne des Gesetzes seien — zu bestrafen verbiete. Allein daß der §. wirklich diesen Sinn hat, ergiebt sich ganz unzweifelhaft aus der Vergleichung mit den bisherigen Gesetzbüchern, insbesondere dem preußischen, §. 2, wo eben jene Beschränkung der Analogie durch dieselben oder doch im Wesentlichen gleich lautende Ausdrücke bezeichnet ist. Es verträgt sich auch ganz wohl damit, daß derselbe Satz gleichzeitig rückwirkende Kraft der Bundesstrafgesetze (mit dem unten zu erwähnenden Vorbehalt) ausschließt. — Unklar ist, wie hiegegen irgend Etwas daraus folgen solle, „daß §. 1 die Begriffe von Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen lediglich auf die Strafdrohungen der Bundesgesetze fundire" (Binding, S. 50 f.); übrigens war die letztere Behauptung nach dem ersten Entwurfe, wie sich aus den Art. III., IV. des gleichzeitigen Entwurfes zum Einführungsgesetz ergiebt, keineswegs durchaus richtig und ist sie durch die jetzige Fassung des §. 1 im zweiten Entwurfe jedenfalls beseitigt.

Die Fassung, welche Binding S. 51 in der Mitte für §. 1 vorschlägt, ist in der Form schwerfällig und ginge über den Wirkungskreis hinaus, welchen die Bundesstrafgesetzgebung nach den Art. III., IV. des ersten und §§. 3, 6—8 des zweiten Entwurfes zum Einführungsgesetze für sich in Anspruch nimmt.

Digitized by Google

lung mit einer anderen als der für sie durch das Gesetz bestimmten Strafe belegt würde.

Hienach stimmt der Entwurf allerdings mit den gemeinrechtlichen Lehrsätzen über Analogie nicht überein. Allein der heutige Gesetzgeber hält sich mit Recht für befähigt, das ganze Gebiet der strafwürdigen Handlungen und der ihre Strafwürdigkeit steigernden Umstände zu überblicken, und die Bundesgewalt kann daher dem von ihr zu erlassenden Gesetze füglich Vollständigkeit der Bestimmungen insoweit zuschreiben, daß für die Anwendung der Rechts- und Gesetzes-Analogie in jenen beiden Beziehungen kein Raum bleibt. Durch unbeschränkte Zulassung der Analogie würde das im modernen Staate so hoch gehaltene Recht des Bürgers, keine anderen als die vom Gesetz angeordneten Eingriffe der Strafgewalt in seine Rechte dulden zu müssen, einem subjectiven, leicht willkürlichen Ermessen der Gerichte untergeordnet. Bei einer lückenhaften Gesetzgebung kann jenes Recht mit dem Bedürfnis der Analogie für den Rechtszustand in Widerstreit gerathen; ein solcher liegt aber hier nicht vor und wird selbst in Zukunft beim etwaigen Auftauchen unerwarteter Lücken nicht in erheblicher Weise eintreten, da jene leicht und rasch durch neue Gesetze ausgefüllt werden können. [25])

Keinem Bedenken unterliegt die Zulassung der Analogie da, wo die beiden obenbezeichneten Fälle ihrer Beschränkung nicht zutreffen, daher insbesondere, aber nicht ausschließlich, in den Anwendungen, wo sie eine mildere als die sonst begründete Behandlung des Thäters bewirkt. [26])

Soweit der angeführte Abs. 1 das Verbot der rückwirkenden Kraft enthält, stimmt er mit der einhelligen Ansicht der neueren Gesetzgeber und fast aller Schriftsteller überein. Auch die Wenigen, welche mit Cicero in Verrem II., 1., cap. 42, §. 108 und den römischen Strafgesetzen seiner Zeit bei unzweifelhafter, dem Rechtsgefühl eines Jeden sich aufdrängender Strafwürdigkeit der That ihre vorgängige Bedrohung mit Strafe für entbehrlich halten [27]), könnten hier nur insofern abweichen, als etwa der Entwurf den Begriff eines derartigen Verbrechens weiter ausdehnen oder ein solches mit einer härteren als der bisherigen Strafe bedrohen wollte [28]);

---

[25]) Ein Beispiel bilden die Gesetze über gemeingefährliche Verbrechen an Eisenbahnen.

[26]) Vergl. Wächter im N. A., 1844, S. 548, 554—558.

[27]) Trummer, criminalistische Beiträge, Bd. III., S. 206 ff., Reinhold Schmid, die Herrschaft der Gesetze nach ihren zeitlichen und räumlichen Gränzen, Jena 1863, S. 186 ff. Vergl. in geschichtlicher Hinsicht meine angeführten Abhandlungen, Bd. II., S. 3—24, 29—33, Reinhold Schmid a. a. O. S. 194—196, C. F. Gabba, della retroattività in materia penale, studi teorico-pratici, Pisa, tipographia Nistri, 1869, S. 10—23.

[28]) Vergl. Reinhold Schmid selbst S. 190 f.

Digitized by Google

denn daß er die Strafbarkeit einer unter jenen Gesichtspunkt fallenden That erst einzuführen vorschlüge, davon wird sich kein Fall aufzeigen lassen. Jene Erweiterung der Strafbarkeit nach Umfang oder Größe kann aber für Staat und Gesellschaft unmöglich solchen Werth haben, daß dadurch die Hintansetzung eines richtigen Grundrechtes veranlaßt werden dürfte. [29])

In vollem Umfange wird das Verhältnis der neuen und der bisherigen Strafgesetze in Bezug auf ihren zeitlichen Wirkungskreis durch den zweiten Absatz des Art. 1 geregelt. Dabei findet sich, ebenso wie in dem belgischen code pénal vom 9. Juni 1867, Art. 2 und dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für Italien vom 17. Mai 1868, Art. 2 [30]) gegenüber den meisten deutschen Strafgesetzen im Ausdrucke der Fortschritt, daß jenes Verhältnis auf die logisch richtige Weise durch einen einheitlichen Rechtssatz, nicht mittelst des Nothbehelfes mit Regel und Ausnahme bestimmt ist. [31]) Aus dieser ganz richtigen Auffassung ergiebt sich zugleich, daß der Absatz 2 keineswegs, wie Binding S. 50 will, zu den Milderungsgründen, etwa vor §. 53, sondern an die Spitze des Gesetzes gehört. Milderungsgründe sind außergewöhnliche Umstände, wodurch Abweichungen von der regelmäßigen Strafbarkeit begründet werden; die Rückwirkung des neuen milderen Strafgesetzes ist das eine Glied der Regel, wodurch der zeitliche Umfang der Strafgesetze bestimmt wird; und wollte man diese Regel statt der einheitlichen Fassung in der genannten unlogischen Form ausdrücken, so könnte man ebenso gut wie die von Binding vorgeschlagene Fassung, welche in der gemeinrechtlichen Lehre üblich und aus dem französischen Recht in das preußische von 1851 übergegangen ist, die entgegengesetzte wählen, welche die meisten deutschen Einführungsgesetze angewendet haben. [32]) Die Gründe für die nun auch im Entwurf angenommene Ausdrucksweise sind im Anschluß an die allgemeineren Bemerkungen Savigny's, System, Bd. VIII., S. 374, 518, in meinen Abhandlungen Bd. II., S. 71 ausgeführt und von Binding weder widerlegt noch auch nur erwähnt. — Der Ausdruck „das mildere Gesetz" verdient vor dem durch Binding vorgeschlagenen „das für den Abzuurtheilenden günstigere Gesetz" sprachlich als der kürzere und

[29]) Vergl. in letzterer Hinsicht Berner, Wirkungskreis der Strafgesetze, S. 50, Zachariä, über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, S. 10—14, Touiller, droit civil français (6. Ausgabe), Bd. I., S. 50, meine Abhandlungen, Bd. II., S. 94—101, Gabba, della retroattività, S. 48, 57, 58. A. M. ist R. Schmid a. a. O. S. 188, 196—201.

[30]) S. über das erstere Gesetz Haus, principes généraux du droit pénal belge, Gent und Paris 1869, S. 98—113, in Bezug auf das letztere Gabba, della retroattività, S. 10, 94—99, 101, 102.

[31]) S. meine Abhandlungen, Bd. II., S. 70—77.

[32]) Vergl. die Uebersicht in meinen Abhandlungen, Bd. II., S. 72—74.

Digitized by Google

einfachere den Vorzug, entspricht aber auch besser der Bedeutung der Strafe als einer das Wohl des Uebertreters jedenfalls mit bezweckenden Maßregel. Jedenfalls ist jener Ausdruck ebenso wie der von Binding beantragte nicht abstract, sondern concret, in der Anwendung auf die einzelne That des einzelnen Beschuldigten zu verstehen. Der Sinn der Regel ist ja: die Behandlung des Verbrechers darf keine härtere sein, als die zur Zeit der That verwirkte einerseits und die der jetzigen Ansicht des Staates entsprechende auf der anderen Seite; und hierüber kann nicht die durchschnittliche Schwere der Strafbestimmung, sondern muß ihr Erfolg für den Uebertreter entscheiden.[33]) Sonst wäre das widersinnige Ergebnis unvermeidlich, daß Jemand einer härteren als der zur Zeit der That begründeten Behandlung deshalb unterworfen würde, weil dem Angeschuldigten das neue mildere Recht zu Statten kommen müsse.[34]) Sollte eine ausdrückliche Bestimmung über diesen Punkt als wünschenswerth erscheinen, so könnte hiefür der §. 6 der königlich sächsischen Verordnung von 1855 als Muster dienen. Allein auch ohne einen solchen Beisatz wird die von Binding S. 50 behauptete Schwierigkeit nicht entstehen. Die Entscheidung der daselbst erwähnten Fälle, wo das spätere Gesetz das Maximum herab- und das Minimum hinaufsetzt, kann doch wohl nach den neueren Ausführungen über diesen Gegenstand nicht zweifelhaft sein[35]) — und zwar um so weniger, als die abweichende, blos durch ein zuchtpolizeigerichtliches Urtheil belegte Ansicht französischer Schriftsteller auf die deutsche Rechtspflege keinen Einfluß ausgeübt zu haben scheint. Wenn sodann das neue Gesetz unter Herabsetzung des Maximum und Beibehaltung des Minimum die Möglichkeit, mildernde Umstände anzunehmen, streicht (Binding daselbst), so ist für die Beschuldigten, bei welchen nach bisherigem Rechte die Strafmilderung begründet wäre, dieses das mildere, für diejenigen, welche gerade das Minimum verdienen, das eine Gesetz dem anderen an Strenge gleich und für alle anderen das neue Gesetz das mildere, da auf die gewöhnlichen Fälle die Strafe mit gleichmäßiger Berücksichtigung

---

[33]) S. meine Abhandlungen, Bd. II., S. 151, Meynne, essai sur la rétroactivité des lois répressives (Preisschrift), in den annales des universités de Belgique, 2. Serie, Bd. II., 1860—1863, S. 51—53, Gabba, della retroattività, S. 107 f., 169 (vergl. freilich auch daselbst S. 176—178).

[34]) S. Dalloz, répertoire s. v. Lois, nr. 3721, meine Abhandlungen, Bd. II., S. 156, Anmerk., Gabba, della retroattività, S. 169.

[35]) S. Hälschner, preußisches Strafrecht, Bd. II., S. 43 f., meine Abhandlungen, Bd. II., S. 154—156. Die entgegengesetzte Meinung der daselbst, S. 155, Angeführten, denen auch Haus, principes généraux du droit pénal belge, S. 105—107, sich anschließt, hängt wesentlich mit dem französischen System der mildernden Umstände zusammen. S. aber auch Meynne und Gabba an den in den beiden vorigen Anmerkungen bezeichneten Stellen.

Digitized by Google

des ganzen Rahmens, also des Maximum und Minimum, angewendet werden muß.

Auch gegenüber einem anderen, von Berner, Kritik, S. 5, 6, erhobenen und von Binding S. 50 wiederholten Angriff ist die Aufrechthaltung des Artikels 2 zu wünschen. Der Entwurf läßt auf früher begangene Verbrechen solche Gesetze, welche nur in der Zwischenzeit zwischen der That und der Aburtheilung bestanden haben, alsdann anwenden, wenn jene binnen der ganzen Zeit von der That bis zum Urtheil die mildesten waren. Diese Entscheidung zu Gunsten des sogenannten Zwischengesetzes wird allerdings nicht durch die abstracte Rechtsconsequenz begründet, und die gegentheilige Ansicht namentlich französischer Juristen ist in den bisherigen Schriften über diesen Gegenstand wohl hinreichend widerlegt.[36]) Allein der Gesetzgeber ist jedenfalls nicht gehindert[37]), eine Bestimmung wie die vorgeschlagene, sei es aus besonderen bei den betreffenden Gesetzen obwaltenden rechtlichen Gründen oder aus solchen Rücksichten, wodurch in den einzelnen Fällen Begnadigung gerechtfertigt würde, durch allgemeine Anordnung zu treffen[38]); und hiefür kommt im vorliegenden Fall in Betracht, daß für manche Gebiete härtere als die für sie nach der Ansicht ihrer Regierungen und Bevölkerungen ausreichenden Strafsatzungen, namentlich durch die Wiederherstellung der Todesstrafe, lediglich um der wünschenswerthen Rechtseinheit willen durch das Bundesgesetz eingeführt werden sollen, — mithin aus einem Grunde, der sich ganz überwiegend nur auf die Zukunft bezieht und eine härtere als die nach den jetzigen Landesgesetzen begründete Behandlung früherer Thaten nicht zu rechtfertigen vermag.[39])

Dagegen haben die Entwürfe die rückwirkende Kraft des neuen milderen Gesetzes insofern zu eng begränzt, als von ihr die rechtskräftig ausgesprochenen, wenngleich ganz oder theilweise noch nicht vollzogenen Strafen ausgeschlossen sein sollen. Die Motive S. 12 machen hiefür neben dem Vorgange der preußischen Ministerialverfügung vom 25. Mai 1851 geltend, daß ein Recht oder auch nur ein Billigkeitsanspruch des rechtskräftig Verur-

---

[36]) Van de Poll, praes. den Tex, disputatio juridica de vi legis novae etc., Amstelodami 1834, cap. 1, §. 6, Berner, Wirkungskreis der Strafgesetze, S. 54, 55, Wächter, sächsisches Strafrecht, S. 122, 123, meine Abhandlungen, Bd. II., S. 124, 125, Gabba, della retroattività, S. 66—74. Wiederholt ist die entgegengesetzte Meinung von Haus, principes généraux du droit pénal belge, S. 102, 103.

[37]) S. meine Abhandlungen, Bd. II., S. 126, Anmerk. 1 (hiedurch ist wohl das Bedenken Berners, Wirkungskreis der Strafgesetze, S. 55, Kritik, S. 6, §. 7, gegen das Ende, widerlegt), Gabba, della retroattività, S. 71.

[38]) Vergl. meine Abhandlungen, Bd. II., S. 125—128, Gabba, della retroattività, S. 74, Meyer, S. 7 unten, 8 oben.

[39]) S. meine Abhandlungen, Bd. II., S. 127, Z. 2.

Digitized by Google

theilten auf die Wohlthat eines nach seiner Verurtheilung ergangenen Gesetzes nicht anzuerkennen sei, und daß es auch praktisch nicht ausführbar wäre, sämmtliche noch nicht vollstreckte Straferkenntnisse an der Hand des neuen Gesetzes einer nochmaligen Prüfung und Revision zu unterwerfen. Allein was das Erstere betrifft, so bestehen die Gründe, welche für den Verzicht auf eine als unangemessen erkannte Strafe sprechen, ungemindert, wo das Recht auf diese durch Richterspruch ausdrücklich festgestellt war.[40]) Nicht blos die Zuerkennung, sondern namentlich auch der Vollzug der Strafe ist nur insoweit gerecht, als die Staatsgewalt von deren Angemessenheit überzeugt ist. Die Ausführbarkeit der Rückwirkung aber unterliegt nicht der geringsten Schwierigkeit in allen den Fällen, wo das neue Gesetz auf die erkannten Strafen sofort allgemein, ohne besondere Prüfung der einzelnen Fälle, angewendet werden kann. Hieher gehören:

a) die allgemeine und völlige Aufhebung der Strafbarkeit für die betreffenden Handlungen;

b) solche Aenderungen der Strafe, wobei das Verhältnis der neuen milderen zu der alten aus allgemeinen Merkmalen erkennbar ist; z. B. Ersetzung der Strafart durch eine mildere, Anordnung einer geringeren absolut bestimmten Strafe;

c) nach Umständen neue Einführung oder Ausdehnung eines Grundes für Tilgung der Strafbarkeit, namentlich der Strafenverjährung.

In diesen Fällen, worunter sich gerade die wichtigsten befinden, ist der besondere Einfluß Desjenigen, was am früheren Recht aufgehoben worden ist, aus den Urtheilen selbst unmittelbar erkennbar, so daß deren Folgen ohne Wiederaufnahme der Untersuchung gemäß dem milderen Rechte für die Zukunft beseitigt oder umgestaltet werden können.[41])

Aber auch in anderen Fällen ist häufig durch den Wahrspruch der Geschworenen oder die thatsächliche Feststellung der ständigen Gerichte eine ausreichende Grundlage dafür gegeben, dem neuen milderen Recht ohne nochmalige Untersuchung der Thatsachen, die dem früheren Urtheile zu Grunde liegen, den der heutigen Ansicht des Gesetzgebers entsprechenden Einfluß auf die Behandlung der Verurtheilten zu verschaffen.[42])

Für alle diese Fälle kommt hienach die in den Motiven angenommene

---

[40]) S. Wächter, sächsisches Strafrecht, S. 120, Anmerk. 7, Hälschner, preußisches Strafrecht, Bd. II., S. 42, Temme, Glossen, S. 28, Lehrbuch des preußischen Strafrechtes, S. 122, meine Abhandlungen, Bd. II., S. 130—132, Meynne, essai sur la rétroactivité, S. 110, 111, Haus, principes généraux du droit pénal belge, S. 110—112.

[41]) S. meine Abhandlungen, Bd. II., S. 132—134.

[42]) S. die angeführte Abhandlung, S. 134—137.

Digitized by Google

Unmöglichkeit einer Revision nicht in Betracht. Aber auch da, wo zur Durchführung der neuen milderen Bestimmungen eine völlige Wiederaufnahme der Untersuchung nöthig ist, bildet Diß für jene Maaßregel kein unüberwindliches Hindernis, wie durch einen rühmlichen Vorgang der früheren preußischen Rechtspflege bestätigt wird.[43])

Als praktisch undurchführbar bezeichnet Heinze S. 188 die Rückwirkung da, wo ein früher abgeurtheiltes Officialverbrechen jetzt Antragsverbrechen werde. Allein hier kann die Anwendung des neuen Gesetzes ohne alle Beeinträchtigung der Gerechtigkeit bei denjenigen Verbrechen unterbleiben, bei welchen das Erfordernis der Strafklage lediglich auf der Rücksicht beruht, dem Beschädigten oder der Familie die Nachtheile einer Untersuchung zu ersparen; und in den andern Fällen, wo jenes Erfordernis auf der Beschaffenheit des Verbrechens selbst beruht[44]), könnte die Vornahme, beziehungsweise Fortsetzung des Strafvollzuges füglich davon abhängig gemacht werden, ob nicht etwa die Beschädigten hierauf binnen einer ihnen anzuberaumenden Frist verzichten.[45])

Wollte man sich hiezu nicht entschließen, so könnten diese wenigen Fälle keinen Grund dazu abgeben, auch in allen anderen für die rückwirkende Kraft der neuen milderen Bestimmungen die bezeichnete Schranke zu ziehen. Jedenfalls sollte die letztere, wie schon Heinze S. 188 f. in einem freilich enger begränzten Umfange vorgeschlagen hat, für die oben lit. a und b bezeichneten Fälle, sowie in den daselbst lit. c angedeuteten der Strafenverjährung beseitigt werden, da hier die gegentheilige Behandlung durch die Gerechtigkeit am dringendsten geboten ist und zugleich ganz leicht, ohne Verletzung der früheren Urtheile als solcher, durchgeführt werden kann.[46]) Einen wichtigen Vorgang hiefür bilden nicht blos der bereits oben genannte §. 18 der Einleitung zum allgemeinen Landrecht, sondern auch andere, in meinen Abhandlungen Bd. II., S. 142—145 angeführte, Landesgesetze und neuestens der Entwurf zu einem Strafgesetzbuche für das Königreich Italien. Der letztere will, wo die vom älteren Gesetze bestimmte Strafe schon durch unwiderruflich gewordenes Urtheil auferlegt sei, dieselbe durch die der Art nach mildere Strafe des neuen Gesetzes in gleicher Dauer ersetzt und, wofern sie das höchste Maaß der im neuen Gesetze angedrohten Strafe übersteige, auf dieses ermäßigt wissen (Art. 3, §. 3) und fügt bei, daß das mildere

---

[43]) Angeführte Abhandlung, S. 68, 69, 135, 136, 143, 144, Gabba, della retroattività, S. 93—96.

[44]) Vergl. meine angeführte Abhandlung, S. 174.

[45]) Vergl. Einführungsgesetz zum württembergischen Strafgesetzbuch von 1839, Art. 3, Abs. 2.

[46]) S. meine angeführte Abhandlung, S. 132—134.

Digitized by Google

spätere Gesetz auch auf die gesetzlichen Folgen der vorangegangenen Verurtheilungen angewendet werden solle (Art. 3, §. 4). Gabba, welcher in seinem mehrfach angeführten Werke S. 94—103 diese Vorschläge näher erörtert und theilweise bekämpft, will das neue mildere Gesetz doch in dem oben a genannten Falle, sodann bei Abschaffung einer bisherigen Strafart und bei der Ersetzung der im früheren Gesetze gedrohten Strafe durch eine viel mildere auf die rechtskräftig abgeurtheilten Sachen angewendet wissen (S. 86 f., 102 f.).

Sollte sich die Gesetzgebung zu der im Bisherigen befürworteten Ausdehnung der rückwirkenden Kraft entschließen können, so entstände noch die bereits von Heinze S. 189 aufgeworfene Frage, welche Behörde mit der erforderlichen Beschlußfassung zu beauftragen wäre. Da dieselbe in der Anwendung allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen bestände und gleich allen Handlungen der Rechtspflege Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit der Entscheidenden, sowie Gleichförmigkeit der Behandlung erfordert, erscheint es als geboten, jenes Geschäft den Gerichten zuzuweisen, so daß bei Wiederaufnahme der Untersuchungen ein förmliches neues Urtheil gefällt werden muß, in den Fällen, wo jene nicht eintritt, die Durchführung des neuen Gesetzes unter die auf jeden einzelnen Fall zu erstreckende Aufsicht und Beschlußfassung der Gerichte gestellt wird.[47]) Das Letztere geschah in Württemberg bei der Vollziehung des Gesetzes vom 14. April 1855 zufolge Art. 7, Abs. 3 desselben, das Erstere in Frankreich nach dem Gesetze vom 3/8. September 1792 bei der Durchführung des code pénal von 1791 und in Preußen bei der aus §. 18 der Einleitung zu dem allgemeinen Landrecht abgeleiteten Revision der früheren Straferkenntnisse.[48])

Die von Heinze S. 189 für die gerichtliche Behandlung dieses Punktes befürchteten Schwierigkeiten könnten wohl, ebenso wie die S. 36 von ihm erwähnte, durch transitorische Bestimmungen gehoben werden.

---

[47]) Gabba, della retroattività, S. 100 f., meine angeführte Abhandlung, S. 134 (von Gabba, S. 100, misverstanden).

[48]) Vergl. auch den Beschluß des dritten deutschen Juristentages in dessen Verhandlungen, Bd. II., Lieferung 1, S. 89, Ziffer 7: „Es ist dafür zu sorgen, daß die durch vorstehende Grundsätze (über Ehrenstrafen u. s. w.) herbeigeführten Milderungen der bisherigen Strafgesetze rückwirkend auch auf diejenigen angewendet werden, welche nach diesen früheren Gesetzen verurtheilt wurden."

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google